

LE RÔLE ET LA VALEUR DE L'ORDRE PUBLIC

EN DROIT PRIVÉ INTERNE ET EN DROIT PRIVÉ INTERNATIONAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 16 novembre 1934, à 14 heures

PAR

W. LIENHARD

JURY... { *Président : M. LOUIS-LUCAS, professeur.*
 { *Suffragants. } MM. DESSERTAUX, professeur.*
 BLONDEL, agrégé.

LIBRAIRIE
DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1934

Lienhard.

A

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*La Faculté entend ne donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces
opinions doivent être considérées comme propres à leurs
auteurs.*



A MON PÈRE

En témoignage de ma reconnaissance affectueuse.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548205_0004

CHAPITRE PRELIMINAIRE

NOTIONS FONDAMENTALES SUR L'ORDRE PUBLIC

Il existe une notion centrale de l'ordre public dont la description ne saurait faire de doute : c'est l'ordre public considéré comme base de toute discipline juridique, de toute organisation législative, l'expression de la volonté de la Société de s'opposer à l'anarchie. Ainsi compris, toutes les lois ont un caractère d'ordre public. Celles-ci, en effet, sont destinées à régler les rapports mutuels des individus. Lorsque les conditions d'application d'une loi sont réunies, cette loi s'impose toujours aux particuliers, et sans qu'il y ait lieu de distinguer entre lois impératives et lois permissives. Il est évident qu'un individu est libre de contracter, mais lorsqu'il contracte, l'observation de certaines règles s'impose et l'Etat prend sur lui d'en assurer l'application. Au moment où l'individu a fait de sorte qu'une loi lui devient applicable, même la plus permissive, même celle de sa propre volonté (article 1134), cette loi devient impérative, sanctionnée par la force coercitive. S'il en était autrement, on se trouverait en état de désordre, ce que, dans l'acception la plus vulgaire du terme, l'ordre public, qui s'attache à chaque loi, a pour fonction de prévenir.

Voilà le premier caractère qui se dégage de notre notion, le plus simple, le plus général, la raison d'être même de toute mesure législative, à savoir l'ordre public considéré comme antithèse d'anarchie, en attribuant à ce dernier terme non seulement sa signification politique de désordre généralisé, mais aussi le simple trouble social, synonyme d'inobservation de la loi.

Cette fonction primaire de l'ordre public, qui consiste

en somme à mettre de l'harmonie dans une législation, trouve d'ailleurs sa consécration dans l'article 6 du Code civil, ainsi conçu : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public ». Cet article, placé à la tête du Code, est en premier lieu un renvoi en bloc à tous les articles suivants, du principe, que les particuliers ne peuvent se soustraire à une loi, lorsque celle-ci devient applicable à leur personne, à leurs actes ou à leur patrimoine. Apparemment ce principe semble des plus simples, et l'on pourrait, à bon droit, se demander si le législateur avait vraiment besoin de le proclamer expressément, cette formule ne paraissant que l'expression d'un truisme. A la vérité, l'article 6 vise une forme de l'ordre public moins simple; en effet, pour parvenir à ses fins qui consistent dans la répression du désordre, l'attitude de l'ordre public se compliquera jusqu'à sortir du cadre du droit privé et ce n'est qu'à ce moment-là que les juristes parlent en général de ce texte, en soulignant d'ailleurs son inefficacité complète pour la solution du problème de l'ordre public.

Nous avons cependant cru utile de le citer dès le début de notre étude; quoique ne formant pour ainsi dire qu'un seul bloc — très rudimentaire d'ailleurs — son aspect est double : sur un côté se trouve gravée cette élémentaire devise de bon sens que nous avons déjà formulée en parlant de l'application des lois; mais l'autre face, plus énigmatique, se penche vers le politique, écoutant d'une oreille favorable les doléances quotidiennes, générales de la Société entière pour ordonner ensuite le remède à la législation du droit privé, là où celui-ci est en cause. Nous y reviendrons ultérieurement.

Mais quels que puissent être les moyens pour remplir sa fonction, il reste indéniablement acquis que l'ordre public fournit la force créatrice de toute Société, la matière première à toute organisation sociale. « Il est évident que l'ordre public, compris dans ce sens, ne remplit non seulement le droit international privé, mais chacune des branches de la législation et de la science juridique. Car cet ordre public n'est autre chose que le principe suprême de tout droit et de toute évolution juridique; c'est la « fin

dans le droit » (*der Zweck im Recht*), « l'idée de justice », n'importe d'ailleurs quel terme que l'on veuille employer¹. Et pour ce qui est le droit international privé, Brocher ne craint pas non plus de généraliser : « Ce n'est pas seulement comme moyen de restreindre l'application des règles ordinaires, que l'ordre public agit dans notre doctrine, il la domine dès la base jusqu'au sommet, il la marque tout entière de son empreinte. C'est par des considérations d'ordre public, appuyées sur de puissantes nécessités sociales, que l'état et la capacité des personnes doivent, en principe, rester soumis en tous pays à la loi du domicile ou à celle de la patrie... L'ordre public doit être consulté soit pour consacrer soit pour limiter les règles de droit international privé² ». En d'autres termes il agira partout où l'application d'une loi est en jeu, en prenant ce dernier terme dans son sens le plus large.

Nous venons d'esquisser *grosso modo* l'objet élémentaire de l'ordre public ; deux caractères se dégagent forcément de cette définition, caractères qui lui resteront acquis à travers toutes ses métamorphoses, à l'occasion de toutes ses interventions, normales ou dites « exceptionnelles ». Ayant, en effet, besoin de la force coercitive de l'Etat pour remplir son rôle, de son pouvoir de police, l'ordre public s'identifie dans ses manifestations avec *une mesure de police*. Toutes les subtilités des jurisconsultes ne lui ôteront jamais cette nature : derrière l'ordre public il y a la force du pouvoir politique. C'est ainsi qu'un auteur allemand constate non sans une certaine mélancolie : « Depuis deux mille ans, nous n'avons pu nous libérer d'une façon substantielle de cet esprit de police qui créa le droit pérégrin³ ». 'En même temps que s'affirme ce caractère, sa limite géographique se trouve également tracée : l'ordre public ne peut être que national. Pour

1. Franz Kahn, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, publié par Lenel et Lewald, 1928, t. I, p. 223.

2. Brocher, *Cours de Droit international privé*, t. I, p. 22, n° 22.

3. Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, t. I, p. 30. C'est avec regret que cet auteur se décide à cette remarque. Il accuse le fait que, dans les conflits de lois, les Etats ne cherchent que des solutions unilatérales, c'est-à-dire nationales. Or, dit-il, c'est de la force et non du droit. Il serait curieux de connaître la définition exacte que cet auteur donne du mot « droit » ? Nous l'avons vainement cherchée.

prévenir le désordre, seul le pouvoir politique dispose de la contrainte, aboutissement normal de l'ordre public; passé la frontière politique de l'Etat, il devient lettre morte.

Nous nous trouvons ainsi à la première étape de l'ordre public : *c'est une mesure de police, strictement nationale, destinée à la sauvegarde de la législation de l'Etat*. On ne voit pas ce qui pourrait être objecté de sérieux à cette définition. Jusqu'à présent, l'ordre public projette une lumière uniforme sur toute l'organisation législative, lumière qui dispense la vie aux lois. Si l'on pouvait s'arrêter à cette notion sommaire, jamais le besoin ne se ferait sentir d'avoir recours à cette expression pour asseoir une solution de droit; celle-ci ne serait le résultat que du seul bon sens, que de la seule logique juridique. Malheureusement nous nous trouvons dans un domaine qui est soumis non seulement aux variations des idées sociales, dont les répercussions influent grandement sur les solutions de droit sans même qu'une mesure législative intervienne, mais encore à l'adaptation quotidienne de l'organisation judiciaire qui, somme toute, est une notion théorique.

L'importance de ces facteurs nous permet de mesurer la vanité d'un mot tel que « logique juridique »; il est singulièrement significatif que cette notion nous fait justement défaut au moment où le besoin d'un instrument aussi scientifiquement sûr que l'est en apparence la logique juridique, se fait très pressant, à savoir dans l'étude de l'ordre public. Il est vrai que, s'appuyant sur une tradition généralement très longue et très forte, dans la grande majorité des cas l'ordre public assure un déroulement des lois sans heurts, parce que l'habitude a imposé définitivement les solutions ou parce que les textes de lois ont été clairement définis. Ces raisons purement matérielles dispensent dans ces cas l'ordre public d'intervenir activement.

La longue pratique de la vie sociale a tracé des règles adoptées par le droit, c'est-à-dire sanctionnées par la force. L'Etat, s'il prétend vouloir vivre, se trouve dans la nécessité de les imposer et l'individu dans celle de les subir. Connaissant toute leur portée et toutes leurs consé-

quences, celui-ci devrait être insensé de ne pas les accepter de bonne grâce, puisque tôt ou tard, l'ordre public exigera qu'il y soit ramené par la force.

C'est cet empirisme social et plus encore la présence immédiate de l'ordre public qui assure à la législation son efficacité et qui permettra d'arriver à cette conclusion que, eu égard au volume immense de l'activité juridique quotidienne, le nombre des cas où l'ordre public instrumente effectivement, en personne si l'on peut dire, est relativement restreint. Il ne reste pas moins vrai que c'est l'ordre public et lui seul qui assure ainsi la régularité du commerce des hommes entre eux.

A priori, cette conception élémentaire de l'ordre public semble différer profondément de celle de beaucoup d'auteurs qui n'admettent la présence de l'ordre public dans les solutions de droit que pour des situations particulièrement graves. « L'objectif général que poursuit l'ordre public est toujours le même : assurer le respect d'une exigence sociale et fondamentale⁴ ».

Nous sommes obligés d'affirmer dès maintenant que cette différence est plutôt apparente. En effet, quelle exigence sociale plus fondamentale serait-il possible d'imaginer que le respect de la législation tout entière et, à ce titre, chaque loi ne participe-t-elle pas à l'ordre public ?

Nous nous excusons d'être obligés de raisonner quelque peu dans le domaine de la théorie sinon de l'abstraction ; mais, tenant absolument à élaborer une explication rationnelle de l'ordre public, à l'observer dès sa base, afin de pouvoir mieux le suivre dans ses évolutions spéciales, où, apparaissant momentanément à l'état natif, son activité intrigue au plus haut point les juristes, la seule méthode pour y parvenir consiste à le rattacher à la volonté de la Société de vivre selon certains principes. Ces principes eux-mêmes ne sont que le résultat prosaïque de la nécessité, c'est-à-dire du politique. A vouloir ainsi remonter à la source même de l'ordre public, on aboutit

4. Voir l'étude de M. Pierre Louis-Lucas, « Remarques sur l'ordre public » dans *Revue de Droit international privé*, 1933, p. 405.

simplement au sens grammatical de notre expression et c'est justement dans cette affirmation de la Société de s'organiser que repose toute la législation : dans le politique.

Ne serait-il pas, en effet, contraire à l'ordre public, que n'importe quelle loi, fondamentale ou non, fût écartée par les individus alors que toutes ses conditions d'application se trouveraient réunies et ne peut-on dire, au moment où cette situation s'est réalisée, que toutes les lois sont d'ordre public puisque leur application est devenue inévitable? Leur non-application, en effet, constituerait une rupture de l'organisation sociale sur un point déterminé de la législation.

D'un point de vue neutre, presque mathématiquement objectif, ou, si l'on veut, purement juridique, il serait donc malaisé — et suivant nous cela est franchement impossible — de découvrir deux catégories de lois, celles qui sont d'ordre public et celles qui ne le sont pas. La seule constatation que l'on peut faire, c'est de noter que les conditions d'application des lois sont plus ou moins rigoureuses; les unes sont simplement permissives ou supplétives et les autres impératives ou prohibitives. Mais ce n'est point là une différence de principe, du moins considéré du point de vue sur lequel nous nous plaçons en ce moment, à savoir l'ordre public envisagé dans ses rapports avec l'ensemble de la législation. Le contractant par exemple qui n'écarte pas expressément une disposition légale dite supplétive, doit la respecter et lui obéir comme s'il s'agissait d'une loi impérative⁵. Une simple différence de degré et non pas de nature entre ces deux catégories de lois.

Nous nous empressons d'ajouter que c'est là un raisonnement strictement juridique, exclusif de toutes autres considérations que celles de pur droit civil, une logique qui s'appuie uniquement sur les textes et la coutume; mais sur ce seul terrain, la conclusion se dégage très nettement : en droit privé pur, abstraction faite d'idées qui sont étrangères à ce domaine et qui y jouent cepen-

5. Voir Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 3^e éd., 1912, p. 36.

dant un rôle important ainsi que nous le verrons, il n'y a pas de lois d'ordre public, ou, et ce raisonnement est également juste, toutes les lois sont d'ordre public au même titre. Cette conclusion n'est nullement tenue en défaut par le fait que le Code civil contient plusieurs lois stipulées expressément d'ordre public. D'abord — et c'est une affirmation que les exemples que nous analyserons au cours de cette étude prouveront amplement — nombreuses sont les dispositions du Code civil, considérées à l'unanimité comme d'ordre public (dans le sens technique), malgré que les textes ne l'affirment point; et ensuite — c'est un argument d'analogie, car l'ordre public dans le sens où on l'emploie généralement n'est pas, selon nous, une notion de droit privé — le Code civil contient bien des matières entièrement étrangères au droit civil⁶. La présence du terme d'ordre public dans les textes du Code ne prouve donc aucunement que nous soyons vraiment en face d'une notion juridique, au même titre que les autres règles.

Dépourvu ainsi des attributs qui s'attachent ordinairement à une règle de droit privé : — de l'objet qui vise l'individu, ses intérêts particuliers et ses rapports avec d'autres individus nettement définis; — de sa fixité dans le temps, qui en droit privé ne se trouve arrêtée qu'au moment d'une intervention législative ou déviée au cours d'un long développement jurisprudentiel seulement; — de sa clarté, car, à moins d'une insuffisance des connaissances linguistiques des législateurs (et cela arrive), on sait ce qu'une règle du droit civil positif veut dire; — de ses conditions d'application qui sont faciles à déterminer — l'ordre public joue cependant un rôle considérable en droit privé, autre que celui que nous nous sommes efforcés de dégager jusqu'à présent. Il n'est plus alors seulement le *Zweck im Recht*, la base de la discipline juridique, l'impératif social, l'aboutissement logique de la législation, *mais c'est une notion étrangère au droit privé qui vient*

6. Niboyet, *Manuel de Droit international privé*, 2^e éd., p. 23 : « La place d'une règle juridique dans nos Codes ne peut influer sur sa nature et il serait facile de trouver dans le Code civil français plus d'une règle incontestable du droit public ». Exemples : Articles 2, 5, 538, 539 etc...

s'installer dans son domaine : la nécessité, le politique.
 L'ordre public compris dans ce dernier sens. nous le répétons, n'a plus ou presque plus aucun des caractères d'une notion de droit privé : son objet — diamétralement opposé à une règle de droit privé — vise la collectivité; il varie avec les idées politiques, c'est-à-dire au jour le jour; son contenu est vague et flottant et ses conditions d'application indéterminées.

Cependant, il convient d'insister de nouveau sur le point que l'ordre public, même pris dans sa nouvelle acception, aboutit toujours, en dernière analyse, à la force coercitive de l'Etat; il n'a donc plein effet qu'à l'intérieur du territoire de ce dernier.

Dans une première partie nous tâcherons d'éclaircir d'abord le rôle de l'ordre public — toujours pris dans son sens politique — en droit interne et ce n'est qu'ensuite que nous transposerons le problème sur le terrain du droit international privé. Nous ne croyons, en effet, qu'il soit rationnel de dissocier le problème dans les deux branches de droit : la connaissance de l'ordre public en droit interne permet d'arriver à des conclusions des plus intéressantes quant au rôle de l'ordre public en droit international. Nous ne verrons jamais l'ordre public intervenir dans le domaine du droit international privé, si cette intervention ne repose pas sur un principe ferme du droit interne.

PREMIÈRE PARTIE

L'ordre public en droit interne

CHAPITRE PREMIER

DE LA CLASSIFICATION DES LOIS EN LOIS D'ORDRE PUBLIC ET LOIS PERMISSIVES.

Section I.

L'effort doctrinal de classification des lois.

Nous venons de développer que, dans une certaine mesure, c'est-à-dire à partir du moment où leur application devient nécessaire, toutes les lois participent au caractère d'ordre public. Cela peut s'appeler l'ordre public élémentaire et son affirmation n'est que la répétition d'un truisme. Mais en dehors de cet ordre public il y en a un autre qui joue un rôle considérable dans la vie juridique, surgissant, d'une manière perlée plutôt et spontanément, çà et là sur toute l'étendue du domaine du droit privé et sans qu'il soit possible d'en déterminer des règles précises. Celui-ci, avons-nous affirmé, ne procède plus du droit privé pur, mais du politique. Qu'est-ce que cet ordre public ?

Il a souvent été répété que les dispositions du Code civil dites d'ordre public étaient celles auxquelles les particuliers ne pouvaient déroger dans aucun cas, ainsi que le proclame en termes catégoriques — on serait presque

tenté de dire : précis — l'article 6 du Code civil. Nous nous trouvons donc en face de lois impératives. Seulement il n'est pas très facile d'opérer un classement des lois entre lois impératives et lois permissives dans le sens de l'article 6; ce problème est même des plus difficiles à résoudre. Raisonnons, pour en saisir toute la portée, sur un exemple concret.

Il est communément admis, que la plupart des dispositions se rapportant à la condition des personnes ont un caractère impératif, c'est-à-dire qu'elles s'imposent à la volonté des particuliers. Nous verrons un peu plus loin ce qu'il faut penser de la différence qu'une certaine doctrine semble établir entre les expressions « lois impératives » d'une part et « lois d'ordre public » d'autre part; nous nous arrêterons pour le moment à l'analyse d'un texte positif, à savoir l'article 384 du Code civil. On sait que cette disposition attribue aux pères et mères la jouissance légale des biens de leurs enfants mineurs. C'est là une règle qui rentre dans la catégorie des lois concernant la condition des personnes. Est-elle, en conséquence, d'ordre public? Nous ne le croyons pas; en édictant la règle de l'article 384, le législateur a été inspiré uniquement par des raisons de commodités économiques si l'on peut dire et ce motif ne touche pas directement à l'ordre public. Ce qui est d'ordre public, c'est la prohibition de donner aux enfants mineurs la libre disposition de leurs biens; c'est, en d'autres termes, l'incapacité des mineurs. Que ce soient les pères et mères qui administrent en même temps qu'ils en ont la jouissance les biens de leurs enfants ou une autre personne, c'est une question secondaire, une considération de détail. Que le législateur ait justement désigné les parents, c'est très normal; il est, en effet, matériellement impossible de trouver une meilleure solution qui s'adapte en même temps à la majorité des situations. L'affection présumée des parents pour leurs enfants, la mission que la Société leur confie pour leur éducation les appellent mieux que toutes autres personnes à cette tâche qui consiste en somme en premier lieu à défendre les intérêts matériels de leurs enfants. Cette règle de l'article 384, quoique considérée parfois comme impérative,

ne correspond cependant pas à la définition de l'article 6. Le Code civil lui-même admet qu'un testateur ou un donateur peut expressément l'écarter et un autre texte, l'article 1442, institue même la déchéance de plein droit de la jouissance des revenus de l'enfant mineur de l'époux survivant comme sanction du défaut d'inventaire des biens laissés par le prédécédé. Une certaine partie de la doctrine¹ reconnaît même le droit aux parents de renoncer *d'avance* à la jouissance légale de ces biens. Ce n'est donc certainement pas une règle d'ordre public. Si l'on admet pourtant, conformément à une autre thèse² son caractère impératif, on est forcément amené à admettre également qu'il existe des règles impératives qui ne sont pas d'ordre public³. Cette règle, très simple en apparence, fait entrevoir les difficultés que peut soulever le classement des lois en lois d'ordre public et autres en même temps qu'on remarque le flottement sur le sens précis des termes « impératif » et « ordre public ».

Il est, en effet, possible de considérer le problème d'une autre façon et de ne point classer l'article 384 parmi les règles impératives et d'identifier celles-ci avec les règles d'ordre public. C'est effectivement ainsi qu'a procédé M. Marmion⁴. En dernière analyse cet auteur ne distingue que deux catégories de lois : les lois supplétives, c'est-à-dire celles qui peuvent être écartées par la volonté des particuliers et les lois d'ordre public ou impératives, correspondant à la définition de l'article 6, c'est-à-dire celles dont le domaine reste inaccessible aux incursions de la volonté individuelle.

Nous traiterons bientôt de cette dernière question d'une façon plus détaillée; limitons notre attention pour le moment à la constatation des obstacles pratiques que la solution du problème peut rencontrer. Dans toute la science du droit privé on peut d'ailleurs observer l'effort

1. Baudry-Lacantinerie, *Du contrat de mariage*, p. 51.

2. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. I, n° 5 et 458.

3. Voir *infra*, p. 15.

4. Marmion, *Des lois d'ordre public en Droit civil, interne*, thèse, Paris 1926, p. 91 et ss.

considérable de la doctrine pour arriver à cette classification des lois. Devant le problème de l'ordre public, aucun des auteurs ne se fait défaut de s'attaquer à la recherche du critérium de cette notion. Il est remarquable d'enregistrer que, malgré des différences de vue, seulement apparentes dans la majorité des cas, presque les mêmes mots reviennent sans cesse sous la plume des juristes. Les lois d'ordre public sont celles qui « intéressent la Société », qui « consacrent des principes sociaux fondamentaux » ou des « rapports de droits dont l'une des parties se trouve être la communauté », etc. La doctrine a développé ce thème sous tous ses aspects et il faut dire que ni le manque de sagacité, ni le défaut d'ingéniosité, ni l'absence de l'effort des auteurs ne sont cause du résultat, toujours partiel seulement, jamais satisfaisant de leurs théories de l'ordre public. Aucune classification des lois, aucun système n'a apporté jusqu'à présent la véritable solution du problème. On commence généralement par raisonner d'un point de vue élevé, on parle des intérêts vitaux de la Société, de la volonté de l'Etat de se préserver et de persévérer, on oppose les intérêts généraux aux intérêts privés, etc.; on discute, en d'autres termes, sociologie, philosophie, politique ou tout ce qu'on voudra — sauf science de droit privé.

De cet amalgame de constatations et considérations générales naissent des explications de l'ordre public, qui, certainement, sont presque toujours justes mais malheureusement inutilisables parce que trop générales. On pourrait presque être tenté de prétendre que, sur le terrain de la théorie pure, le maximum de précision a été apporté. Bien mieux, à la simple lecture de certains développements sur ce chapitre, on a des difficultés à comprendre que sans cesse le problème puisse renaitre, tant ils sont clairs, précis, brillants, logiques. Evidemment dès qu'on pénètre davantage dans la question et surtout au moment où il s'agit d'appliquer l'un ou l'autre des critères, la décourageante constatation s'impose : on ne se trouve pas avancé d'un pas.

Veut-on appliquer la méthode simpliste de l'énumération matérielle des lois d'ordre public, on ne fait que

citer des exemples ; incessamment de nouvelles lois prennent le caractère de lois d'ordre public, d'autres le perdent. Le critérium des intérêts privés n'est pas plus heureux ; quand peut-on parler d'intérêts privés et quand d'intérêts généraux ? C'est aussi un simple déplacement de la question, car il est parfois bien difficile de dire : telle loi est d'intérêt général et telle autre ne l'est pas et c'est justement cette difficulté qui constitue la pierre d'achoppement du problème.

Il en est de même de l'affirmation que toutes les lois impératives sont d'ordre public. Tout en acceptant cette façon de voir on ne peut s'empêcher de poser la question : quelles sont alors les lois impératives ? Ce caractère ressort-il des textes ou de la nature des choses ? Il semble que non ; nous avons précédemment discuté sur l'exemple de l'article 384 ; ce texte est-il impératif ou non ? Le problème de l'ordre public consisterait justement à le savoir. S'il est possible d'arriver à trouver la réponse pour des règles isolées, prises individuellement chacune, de déduire, par des considérations générales leur nature impérative ou supplétive, si ce n'est jamais une méthode infaillible, à coup sûr elle ne peut être généralisée en ce sens que les mêmes considérations qui décident de l'ordre public d'un texte ne peuvent s'appliquer à une autre disposition législative qu'on voudrait également soustraire à la volonté des particuliers. Une généralisation du *motif* de l'ordre public — et c'est lui seul qui importe — semble donc impossible. Chaque texte impératif puise ce caractère dans des motifs qui lui sont propres comme chaque maladie a ses remèdes particuliers. Dès maintenant on se sent dirigé vers la méthode empirique, analytique.

Si cependant on s'obstine à trouver une solution dans le seul domaine théorique, dans l'*a priori*, le chemin que l'on parcourt à la recherche d'un critérium de l'ordre public apparaît comme un véritable cercle vicieux ; les meilleures solutions théoriques se révèlent impuissantes dans la pratique. Entre cette solution du problème de l'ordre public dans la doctrine et l'ordre public dans la pratique jurisprudentielle, il y a la cloison qui, en philosophie, sépare l'idéal des exigences de la réalité quotidienne. Et cette même doc-

trine est pourtant arrivée à résoudre des questions de droit extrêmement ardues. Ainsi, pour ne citer que quelques exemples, la théorie de la faute contractuelle semble définitivement fixée, autant au moins que l'on puisse parler de « définitif » en matière de droit; celle de l'enrichissement injuste s'est précisée au point d'être d'un véritable secours pour la jurisprudence; les modalités de l'action paulienne ont été entièrement arrêtées par la doctrine; elle a tranché la question de la stipulation pour autrui, etc. Tous ces problèmes perdent de leur acuité à mesure que la doctrine les enferme dans des théories de plus en plus précises et elle finit toujours par y parvenir.

Il en est pourtant autrement de l'ordre public qui résiste à toutes les analyses, qui se joue des théories, qui fuit les systèmes, qui saute au-dessus de la science du juge pour aller puiser les directives de sa conduite dans le seul sentiment de celui-ci. On constate donc un véritable discord entre cet effort doctrinal ou de classer les lois en différentes catégories et de réserver principalement un compartiment aux lois d'ordre public, ou de s'attaquer à la recherche, toujours vaine, d'une méthode unique et simple qui permettrait d'expliquer et de prévoir l'intervention de l'ordre public. Tout au plus sera-t-il possible de l'étudier dans ses effets, de découvrir *a posteriori* sa méthode, pour pouvoir affirmer par exemple que « dans les rapports de droit interne l'ordre public ne joue guère que le rôle de renforcement »⁵ des lois et d'essayer de placer ainsi, autant que cela est possible, les conséquences au moins de l'ordre public sur le terrain du droit privé aux fins d'en préciser ou d'en limiter les répercussions. L'effort qui sortirait du cadre de cette tâche — qui, elle même, est déjà très difficile, vague, flottante, en raison du péché originel qui l'a engendré si l'on peut dire — reste œuvre de scolastique, vouée à la stérilité, parce que *l'ordre public n'est pas une notion de droit privé, mais une conception politique*. Nous en parlerons incessamment d'une façon plus approfondie dans un chapitre spécial.

5. Pierre Louis-Lucas, Remarques, *op. cit.*, p. 395.

Section II. — Lois impératives et prohibitives et lois d'ordre public

L'ordre public, nous le savons, consiste à rendre inéludables certains principes législatifs. Nous nous devons de consacrer à cette place une remarque concernant une discussion doctrinale qui, souvent, prête à des confusions et à laquelle nous avons déjà fait allusion. Nous voulons parler de la distinction qu'une très grande partie de la doctrine établit entre les lois d'ordre public et les lois impératives.

M. Capitant par exemple dit : « Les lois impératives en droit privé sont ou bien des lois d'ordre public ou bien des lois de protection d'intérêts privés⁶ » ; [par ces dernières, cet auteur entend par exemple les lois de protection des incapables, protection des contractants dont le consentement a été vicié, etc. M. Niboyet, critiquant l'article 6 du Code civil, s'exprime ainsi : « Les lois impératives sont celles qui s'imposent au respect des particuliers et qui, par suite, dépassent le cercle de la liberté des conventions (successions, responsabilité civile, état des personnes, etc.)... Elles ne sont pas pour cela d'ordre public⁷. » M. Louis-Lucas, lui aussi, semble faire une différence entre les lois d'ordre public et les lois impératives : « Il n'est pas de l'essence des lois impératives de ne jamais pouvoir être écartées⁸⁻⁹. »

Cette différence, établie en doctrine entre ces deux catégories de lois, en quoi consiste-t-elle effectivement ? Nous avons déjà touché à ce problème et nous avons contesté l'existence des différences de principe entre les lois, à condition de ne pas faire intervenir dans cette appréciation la

6. Capitant, *Introduction, op. cit.*, p. 37.

7. *Répertoire de Droit international*, v^o Ordre public, par Niboyet, n^o 27.

8. Louis Lucas, *Remarques, op. cit.*, p. 396.

9. Nous ne discutons pas ici une autre face du problème dont il est principalement question dans les passages que nous citons, à savoir si l'ordre public existe réellement en droit interne. Nous croyons avoir suffisamment démontré la nécessité de cet instrument même en droit interne et les développements à suivre l'affirmeront bien plus encore. Ce qui nous intéresse seulement c'est de connaître la portée de la différence entre les lois d'ordre public et les lois impératives, différence que nous soupçonnons d'être toute verbale, mais qu'il convient quand même d'élucider.

notion de l'ordre public pris dans son sens politique¹⁰. Tenant compte, au contraire, de l'ordre public pour classer les lois, nous avons fait allusion à la possibilité d'identifier les lois d'ordre public et les lois impératives¹¹. Nous verrons que l'affirmation qui consiste à les distinguer se réduit à une simple question de terminologie et que tout est de s'accorder sur les mots.

En effet, ou bien une règle de droit s'impose aux particuliers dans tous les cas, même contre leur volonté expressément énoncée, ou bien cette volonté est plus forte que la loi et se trouve en mesure de l'écarter. Dans le premier cas nous nous trouvons en face d'une loi d'ordre public qui correspond à la définition de l'article 6 du Code civil et dans la seconde hypothèse il ne peut s'agir que d'une loi permissive. Suivant nous c'est compliquer inutilement le problème que d'intercaler entre ces deux catégories des règles juridiques une troisième, les lois impératives. Dire par exemple que les lois protégeant les incapables ne sont que des lois impératives, parce que s'occupant d'intérêts privés seulement et que la règle qui établit l'âge de la majorité à 21 ans est d'ordre public parce que « l'intérêt supérieur » l'exige, c'est exprimer une différence dont nous avons toutes les difficultés à comprendre la subtile nuance. S'il est impossible de déroger à des dispositions concernant l'incapacité, par exemple à l'article 1125 qui permet au mineur, à l'interdit, à la femme mariée d'attaquer les engagements qu'ils ont consentis sans observer les formes requises par la loi, sans avoir été *représentés* ou autorisés par le tuteur, le mari, le conseil de famille, le tribunal, c'est que ce texte est d'ordre public aussi bien que l'article 488 concernant l'âge de la majorité : ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne peuvent être écartées par les particuliers. Le critérium, au moyen duquel il serait possible d'établir éventuellement une différence de nature entre les deux textes, à savoir la différence de sanction qui s'y attache, la nullité relative pour l'un et la nullité absolue pour l'autre, n'a qu'une influence apparente sur la solution de notre ques-

10. Voir *supra*, p. 6.

11. Voir *supra*, p. 11.

tion. Au moment où une convention a été passée en contravention de l'article 488 aussi bien que de l'article 457, 2^e alinéa par exemple, qui exige l'homologation par le tribunal de la délibération du conseil de famille qui décide de la vente d'un immeuble appartenant à un mineur en tutelle, la sanction consiste toujours dans la nullité de l'acte et dans les deux cas la volonté individuelle doit s'incliner devant la volonté législative. Ni le cercle plus ou moins large des personnes admises à réclamer cette nullité, ni la différence de durée de la prescription de l'action en nullité, ni la possibilité ou l'impossibilité de confirmation tacite ou expresse de la convention illicite ne distinguent ces deux textes quant à leur nature impérative : tous les deux sont soustraits à la volonté des individus. Mais n'est-ce pas là la conséquence principale, la seule conséquence même par rapport au droit interne, de l'ordre public ? Que veut dire l'expression qu'emploie M. Capitant en affirmant que les lois impératives, à la différence des lois d'ordre public, sont des règles protectrices d'intérêts privés ? Si le politique craint qu'une accumulation de biens de main-morte puisse finir par constituer une menace sérieuse pour le régime et si, par conséquent, il proclame d'ordre public les dispositions légales qui se rapportent au principe de la libre circulation des biens, l'affranchissement illégal des mineurs, des interdits, des liens de leur incapacités constituerait-il peut-être une menace moins grande pour la Société, qui met des soins particuliers à affirmer cette incapacité et à faire de cette protection des incapables une pièce maîtresse de toute sa législation. Nous sommes même convaincus que ce dernier cas d'ordre public est plus pressant que le premier. Dans l'une et dans l'autre des hypothèses, c'est le politique qui exige la libre circulation des biens, l'incapacité juridique de certaines personnes physiques et morales et leur protection légale — au moins quant aux personnes physiques — correspondant à leur incapacité.

M. Louis-Lucas critique à juste titre la thèse de M. Niboyet¹² qui nie la réalité de l'ordre public en droit interne. Les développements qui précèdent en montrent claire-

12. Louis-Lucas, Remarques, *op. cit.*, p. 496.

ment la nécessité. En plus, il y a un manque de précision quand M. Niboyet dit — en citant quelques exemples à l'appui de son affirmation — que les lois sur les successions, la responsabilité civile, l'état des personnes, sont simplement impératives, « s'imposant au respect des particuliers sans être pour cela d'ordre public »; nous avons vu que les lois qui s'imposent aux particuliers sont au contraire d'ordre public. Quant aux dispositions qui se rapportent aux successions, elles ne s'imposent qu'en partie à la volonté individuelle et ce n'est que dans cette mesure que l'exemple de M. Niboyet est juste; ce sont particulièrement les règles concernant la réserve légale, la forme des testaments, la prohibition des pactes sur successions futures, etc. La règle de la responsabilité civile de l'article 1382 ne s'impose que jusqu'au moment où le fait, délit ou quasi-délit, s'est individualisé sur tel patrimoine : une fois le dommage causé, la réparation peut faire l'objet de toutes les transactions valables qu'il plaît aux individus d'effectuer s'ils peuvent s'entendre; quant aux lois qui règlent la condition des personnes, celles-ci généralement s'imposent toujours et à aucun moment la volonté particulière ne pourra prévaloir contre la volonté législative. On voit qu'il est de première nécessité de préciser la portée du caractère impératif de chaque disposition. Dans la mesure où une règle s'impose contre la volonté individuelle, elle est incontestablement d'ordre public. Les termes « lois impératives » et « lois d'ordre public » ont, en conséquence, la même valeur, l'un et l'autre pouvant s'employer pour désigner la même réalité : l'impossibilité dans laquelle se trouve la volonté individuelle de prévaloir contre une règle de droit.

Nous avons effectivement constaté qu'une analyse précise de la thèse de M. Capitant qui distingue les deux termes, révélait leur entière identité. A son tour M. Louis-Lucas dit qu'il n'est pas de l'essence de la loi impérative de ne pouvoir jamais être écartée. Supposons que cette description de la loi impérative corresponde à la vérité, nous continuons d'ignorer laquelle est alors la véritable essence des dispositions impératives et, si elles peuvent être écartées par les particuliers, pourquoi employer ce terme catégorique qui pourrait induire en erreur et mener à des con-

fusions? Sur quoi se fonde cette classe intermédiaire de règles juridiques de droit privé, les lois impératives, que l'on doit supposer se placer entre les lois permissives et les lois d'ordre public; qu'est-ce qui les différencie des lois supplétives d'une part et des lois d'ordre public d'autre part? La réponse à ces questions doit être assez difficile à fournir.

A la vérité, la recherche la plus minutieuse ne permet pas de découvrir une alternative autre que celle qui devient banale à force d'être répétée, à savoir : telle règle juridique peut-elle ou non être écartée par la volonté individuelle? C'est l'alternative des règles permissives ou d'ordre public et l'analyse la plus consciencieuse ne laisse aucune trace d'une troisième possibilité : les lois impératives. Si ces dernières sont des règles protectrices d'intérêts privés, c'est que dans certains cas la volonté individuelle — en matière d'incapacité par exemple — n'est pas assez libre ni suffisamment développée et qu'elle doit être secourue par la volonté législative plus expérimentée. Si ce secours n'était pas d'ordre public, à quoi servirait-il puisque le contractant le plus fort ne manquerait jamais d'imposer au plus faible d'y renoncer; toute œuvre législative serait vaine. Or, la doctrine est unanime à voir dans ces règles de protection des lois impératives, même ceux des auteurs qui n'admettent pas leur caractère d'ordre public. Mais ces deux notions sont identiques, de quel côté que l'on veuille tourner la question, aucune différence ne peut être dégagée. D'ailleurs le mot « impératif » a un sens très tranchant qui conduit, quant à notre conception, à l'identifier avec « ordre public ». La même remarque peut être formulée en ce qui concerne le terme « prohibitif », qui signifie exactement la même chose que la locution précédente, mais exprimée à l'envers : Prohiber un acte, c'est imposer une défense. Les trois termes sont, en conséquence, identiques.

13. C'est la thèse que nous retrouvons d'ailleurs chez M. Marmion, *op. cit.*, p. 91 et suiv.

Section III. — Ordre public et droit public.

L'article 46 de la loi de 1810.

Les termes employés par les jurisconsultes pour caractériser l'ordre public, tel que « lois qui intéressent la Société », « la communauté », « principes sociaux fondamentaux », « intérêts généraux », etc... pourraient faire croire, un instant, que l'ordre public, en réalité, ne constituerait qu'un prolongement du droit public dans la sphère du droit privé. Il est incontestable que, s'il en était ainsi, la solution du problème deviendrait possible. Mais il n'en est rien non plus. Outre que la distinction entre le droit privé et le droit public est purement arbitraire, à déterminer ou par le juge ou par le législateur, c'est-à-dire que ces deux branches juridiques ne sont nullement séparées d'une façon caractéristique, naturelle, le droit public comporte autant de précision, de sûreté, de prévisibilité dans ses répercussions que le droit privé, attributs, qui, nous le savons, font justement défaut à l'ordre public. Qui oserait prétendre que le droit constitutionnel, le droit fiscal, le droit administratif, soient vagues, incertains, flottants comme l'est la notion de l'ordre public en droit privé. Il est évidemment possible que des particuliers puissent montrer des velléités de faire des tractations sur un objet qui met en jeu une disposition de droit public. Sans doute, un accord entre individus qui aurait pour but de se soustraire à l'impôt ou au service militaire, est frappé de nullité. Il n'est pas radicalement faux d'invoquer l'ordre public pour atteindre ce résultat ou pour l'expliquer; mais, suivant nous, ce n'était point nécessaire. En effet, la seule force des dispositions de droit public suffit pour tenir la volonté des individus en respect; le problème de l'ordre public est suffisamment ardu pour ne pas l'alourdir de questions qui peuvent facilement être résolues sans son secours. Dans notre cas, c'est l'intérêt de l'État qui est en jeu, c'est sa personne juridique qui s'y trouve mêlée et point n'est besoin de se soucier de la défense de ses intérêts en lui prêtant, presque à la légère, une arme de droit privé, qui, par la suite, se révélerait bien dangereuse pour la liberté individuelle : l'arme de

l'ordre public. Le moyen que possède l'Etat pour se défendre contre la volonté des individus est plus que suffisant, puisque, d'après l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 relative à l'organisation judiciaire, le ministère public peut intervenir d'office pour poursuivre l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public.

Nous nous hâtons d'ajouter que cet ordre public a une signification particulière. A la suite d'une controverse classique¹⁴, la doctrine est aujourd'hui généralement d'accord pour restreindre la portée de ce texte; « le parquet ne peut agir d'office que lorsque l'Etat est directement intéressé à l'exécution d'une loi¹⁵ », en matière d'impôts, service militaire par exemple et en certains cas en matière de nationalité, etc., c'est-à-dire lorsqu'une disposition de droit public est en jeu; mais il est indispensable que l'Etat soit effectivement intéressé. Ainsi, l'intervention d'office en matière de nationalité ne pourra avoir lieu que si, par exemple, l'individu essayait de se soustraire par ce moyen aux obligations du service militaire; cette intervention serait impossible si une femme mariée agitait cette question pour réclamer le bénéfice de son hypothèque légale sur les biens du mari. Ici, le problème ne sort point du cadre du droit privé. Le ministère public agira également d'office dans les rapports de droit privé lorsque ces rapports « n'auraient pu se former sans l'intervention publique de l'Etat, représenté par un mandataire officiel¹⁶ ». Il pourra faire opposition à un mariage prohibé par la loi (mariage bigamique ou incestueux) ou agir d'office en matière de mainlevée d'une interdiction.

Le terme « ordre public », employé par l'alinéa 2 de l'article 46 de la loi de 1810 («... il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ») prend, par conséquent, une signification suffisamment précise pour distinguer cette notion de l'ordre public en droit privé. Le jeu de l'« ordre public » de la loi de 1810 est assez facile à découvrir. Certes, il y a d'abord quelque chose de paradoxal, d'étonnant dans cette intervention du Par-

14. Voir particulièrement Alglave, *Action du ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile*, Paris, 1874, p. 375 et suiv.

15 et 16. Marmion, *op. cit.*, p. 56.

quet, sous prétexte d'ordre public, dans les rapports de droit privé. Mais on finit vite par s'apercevoir que cet ordre public n'est qu'un moyen de sauvegarde des règles de droit public, impérative par essence. Bien plus, chaque fois que le procureur intervient dans les rapports de droit privé, ces rapports, en réalité, ne relèvent du droit civil qu'en apparence. Les deux individus qui contractent dans le but de se soustraire au fisc ou au service militaire, se placent, non quant à la forme, mais quant au fond du contrat, nettement sur le terrain du droit public et cherchent à en éluder une disposition. Le ministère public interviendra d'office pour les en empêcher. Il s'opposera également au mariage bigamique ou incestueux, parce que de pareils liens tomberaient automatiquement sous le coup de la loi pénale et il y aurait vraiment quelque chose d'insensé, de choquant même, à ce que le ministère public assistât, inactif et en pleine connaissance de cause, à la consommation du délit pour ne déployer ses forces que pour le punir. Il est incontestable que le moyen préventif s'imposait.

En conséquence, invoquer l'ordre public en l'occurrence est la simple répétition d'un truisme; c'est l'ordre public dont nous avons parlé au début de notre étude et qui s'attache avec plus ou moins d'intensité à chaque loi. Ici la notion est différente de celle du droit privé. Juridiquement, l'action du ministère public est nettement déterminée ou déterminable. Ou elle doit s'appuyer sur des textes expressément énoncés, qui prévoient cette intervention (alinéa premier de l'article 46 de la loi de 1810) ou bien — et cela concerne le deuxième alinéa du même article — elle est mise en mouvement parce que des individus cherchent à transgresser une règle de droit public qui s'impose toujours à la volonté des particuliers. Si la loi de 1810 emploie cependant le terme d'ordre public, ce n'est qu'une façon de s'exprimer; ici c'est une notion précise, tandis qu'en droit privé on se fatigue à répéter son caractère vague et flottant.

CHAPITRE II

DU CARACTERE POLITIQUE DE L'ORDRE PUBLIC

Il n'est pas difficile de donner une définition de l'ordre public qui dégage bien son effet caractéristique et point n'est besoin d'aller chercher très loin ; l'article 6 du Code civil en pose très nettement le principe ; ce sont les lois auxquelles on ne peut déroger par des conventions particulières. Si, dans la très grande majorité des cas, l'application d'une règle de droit privé dépend de la seule volonté des individus, cette volonté ne joue plus aucun rôle lorsqu'il s'agit de l'application d'une règle d'ordre public. « Cela veut dire qu'elle (la volonté individuelle) n'est plus considérée comme l'instrument appelé à dégager naturellement les règles de droit les plus sages et que dans le conflit la *lex publica* triomphe de la *lex privata*¹. » Aucune difficulté pour arriver à cette constatation ; mais nous avons vu qu'il en est autrement lorsqu'il s'agit de savoir à quelles occasions la volonté législative prime la volonté individuelle et nous connaissons la quasi-impossibilité dans laquelle se trouve la doctrine d'arriver à un résultat satisfaisant.

Or, il est en réalité théoriquement impossible de résoudre le problème d'une façon définitive, l'ordre public étant une conception éminemment politique, donc fonction directe du régime politique en vigueur, du parti au pouvoir, de la force du gouvernement et de la façon dont il entend faire régner l'ordre dans l'Etat. Et tous ces facteurs ne sont-ils pas eux-mêmes le simple résultat du milieu, de l'époque, de la nécessité, des événements où la

1. Marmion, *op. cit.*, p. 104.

volonté de l'homme s'efface dans un rôle singulièrement pâle? C'est à ces considérations essentiellement fragiles que s'attache l'ordre public; il est l'instrument technique dont se sert le politique pour imposer, en matière de droit privé, sa volonté aux individus.

Par la force des choses, le pouvoir politique se trouve incessamment dans une position de lutte et de combat. Juridiquement il se protège d'abord par les différentes branches du droit public; mais c'est une protection insuffisante. Si, par une hypothèse extraordinaire, il laissait aux individus la pleine liberté de volonté en matière de droit privé, ce serait une désagrégation rapide de la Société qui entraînerait infailliblement la dislocation du pouvoir politique lui-même. Pourrait-on imaginer que la famille, le mariage, le droit de succession soient laissés à la libre appréciation des particuliers? C'est une hypothèse inconcevable. Si « politique » veut dire : « art de gouverner », le pouvoir politique se doit, s'il ne veut risquer de succomber à la tâche, d'imposer ses conceptions jusque dans le droit privé, de restreindre la volonté individuelle, soumise à toutes les passions momentanées et d'adapter la législation aux nécessités qui, sous l'impulsion de la vie, se renouvellent quotidiennement. Ce n'est que de cette façon que se trouve réalisée « l'idée d'une disposition logique, d'une subordination, qui donne à l'ensemble l'unité et la vie² »

Il ne suffirait pas de rendre simplement impératives certaines lois par des stipulations expressément énoncées, lois considérées comme particulièrement importantes. Ce serait s'arrêter à mi-chemin, car rien ne laisse prévoir le cours des événements et des exigences de l'organisation sociale. Telle loi, aujourd'hui, doit s'imposer contre la volonté des individus et demain ce caractère peut ne plus lui être nécessaire et inversement une loi supplétive peut devenir, sous la pression de la nécessité, une loi que l'on ne peut plus écarter. On a beau avoir un droit écrit, ce droit change sans cesse, son interprétation obéit aux besoins et l'ordre public représente bien le côté le plus marquant de ce caractère évolutif de la législation. D'autre part,

2. Capitant, Introduction, *op. cit.*, p. 39.

l'appareil législatif n'est pas assez fin, il est trop lourd et trop lent pour rendre, au fur et à mesure des nécessités, d'ordre public toutes les lois qu'il serait dangereux pour la paix sociale ou même pour l'organisation rationnelle du commerce juridique de laisser à l'appréciation des individus ou de déclarer déchuës de cette qualité celles qui, dorénavant, n'ont plus besoin de cette force. Toutes ces considérations, la plupart du temps, se résument en une question d'opportunité qu'il n'est généralement possible de résoudre qu'en pleine connaissance des données réelles. C'est au juge, par conséquent, qu'il appartient de décider de cette opportunité et ce fait — malgré le principe théorique de la séparation des pouvoirs — n'enlève rien au caractère politique de l'ordre public. Bien entendu, le juge a, avant tout, pour mission d'assurer une application objective des lois. Mais il est aussi l'homme de son époque et de son milieu ; en plus il est nommé par le pouvoir politique, son poste est social et l'accomplissement de son devoir fait certainement partie de « l'art de gouverner ». C'est à lui de réaliser dans la pratique cette harmonie et cette unité de la législation dont nous venons de parler. Tant mieux si le législateur soustrait expressément certaines lois à la volonté des individus en y attachant des sanctions radicales, s'il restreint clairement de la sorte leur liberté pour des règles juridiques qui se rapportent à des domaines déterminés, comme il l'a fait, par exemple, dans la loi de 1907 relative au libre salaire de la femme mariée. Mais là où il ne le fait pas c'est incontestablement au juge qu'il délègue ce pouvoir. C'est à ce dernier de décider laquelle des volontés primera, la volonté individuelle ou la volonté législative. Une autre solution est impossible.

Nous arrivons ainsi, tout en nous tenant strictement dans le domaine du droit interne, à une constatation que l'on n'enregistre généralement qu'en droit international privé, à savoir qu'en droit interne aussi une sorte de « clause réservée », de *Vorbehaltsklausel*, s'attache aux lois et qui décide, non pas comme en droit international privé de l'application de la loi étrangère ou de la loi territoriale, mais de la *lex privata* ou de la *lex publica*. C'est au moyen de cette clause réservée que le juge fait la part de la liberté

individuelle, qui doit être de principe, et de la restriction à cette liberté en déclarant d'ordre public certaines lois certains principes juridiques. Ce n'est qu'au moment où cette clause réservée se remplit de considérations très graves que la loi devient, en quelque sorte, trop lourde pour pouvoir être écartée par les particuliers. La bigamie, le servage, le droit d'ainesse, les servitudes personnelles sont certainement des dogmes politiques qu'une Société organisée consacre ou rejette, selon les idées de l'époque, selon le parti qui gouverne et ce sont justement entre autres des considérations de cette nature qui composent la clause réservée.

Si nous parlons de « considérations politiques », il est bien entendu que nous donnons à ce terme une signification très large. Tout ce qui touche à l'art de gouverner rentre dans cette notion, aussi bien les principes imposés plus ou moins par la nature, le milieu, le climat même, comme l'âge de la puberté ou l'âge de la majorité, que ceux inspirés par des idées philosophiques à la mode, comme la liberté de tester, la recherche de la filiation naturelle, la libre circulation des biens, l'abolition des servitudes personnelles, etc., c'est-à-dire ceux d'un véritable programme de parti politique. Personne ne conteste le caractère d'ordre public de l'article 488 qui fixe l'âge de la majorité à 21 ans ou de l'article 144 qui établit l'âge minimum pour le mariage à 18 ans pour les hommes et à 15 ans pour les femmes. Il est quelque peu oiseux de discuter sur le caractère impératif de ces deux lois, tellement la chose paraît naturelle. Et cependant, ce caractère ne ressort pas, de prime abord, de la rédaction de ces deux textes et il faut aller au fond des choses pour en connaître la portée exacte. Même si cela était, même si l'on peut affirmer que l'ordre public de ces règles ne peut faire de doute, et que la preuve, indirecte, réside dans les seules dispositions du Code, c'est-à-dire dans la comparaison des principes et des sanctions qu'ils comportent, nous ne devons retenir ici que les considérations qui déterminent ou le législateur ou le juge à rendre inéludable l'application de ces lois. Il ne suffit pas de dire qu'une expérience séculaire en a prouvé la justesse, que les conditions de la race, du climat, du milieu imposaient

cette application; tous ces facteurs n'ont effectivement qu'une importance secondaire dans l'appréciation de l'ordre public. Les directives qui, par exemple, président à l'organisation de la communauté légale sont, elles aussi, le fruit d'une expérience qui s'est perfectionnée pendant des siècles, l'article 641 relatif à l'usage des eaux pluviales dans l'alinéa 1^{er} dit que tout propriétaire a le droit d'user et de disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds représente le type même d'un texte qui est né des conditions du climat et une simple manifestation de la volonté individuelle suffit cependant à les écarter en ce sens qu'un propriétaire peut parfaitement abandonner, par convention, l'usage des eaux pluviales qui tombent sur son fonds, au profit de son voisin. L'argument de l'expérience et de la tradition, qui, lui, est le véritable argument de droit, ne vaut, en conséquence, que quant au contenu matériel de la loi. Par ce raisonnement de droit pur, c'est-à-dire par l'étude des règles juridiques qui « sont le résultat de l'expérience des siècles³ », on arrive bien à un jugement sur l'opportunité des dispositions en elles-mêmes; par exemple du choix de l'âge de 21 ans pour la majorité, celui de 15 ou 18 ans pour le mariage, les pouvoirs du mari sur les biens de la communauté, la libre disposition des eaux pluviales, mais on ne peut tirer une conclusion quant au caractère inéludable ou supplétif de la règle. On épuiserait vainement la logique juridique : nulle part on n'y rencontrerait une base qui pourrait être considérée comme constituant un fondement rationnel des lois d'ordre public; cette force leur vient toujours en quelque sorte du dehors.

En fin de compte, c'est par la seule nécessité que certaines lois sont inéludables, d'ordre public. On s'imagine les abus qui ne manqueraient pas de se produire à la suite d'une liberté trop absolue de la volonté individuelle : ce serait un état de barbarie. Aller ainsi, à l'aide de l'ordre public, au devant des nécessités est un rôle essentiellement politique qui fait partie, on ne peut plus, de « l'art de gouverner ». La science juridique dira la solution, réputée la meilleure,

3. Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 8.

pour résoudre tel problème, mais c'est le politique qui décidera si cette solution doit s'imposer dans tous les cas.

Ayant, de la sorte, situé l'ordre public dans son véritable domaine, un domaine au sol mouvant, on comprend l'échec de la doctrine dans son infatigable recherche d'une solution à ce problème. Le politique est une chose impondérable, un courant où tantôt surnagent tels éléments et tantôt tels autres; toutes ces fluctuations l'ordre public les subit en premier lieu et avec lui l'application des lois s'en trouve affectée.

La jurisprudence ne motive jamais l'usage qu'elle peut faire de l'ordre public; elle considère celui-ci comme un fait acquis. Lorsqu'elle juge qu'une loi prend une couleur suffisamment politique, elle fait jouer, contre les conventions particulières, la clause réservée et la volonté individuelle restera impuissante. Mais elle ne dira jamais — et la cause réside dans ce que l'ordre public est éminemment une question d'espèce — pourquoi elle fait intervenir la clause réservée et surtout quels motifs peuvent bien donner ce poids à une règle juridique.

En effet, des termes comme : « Aucun acquiescement ne peut être utilement opposé à des matières qui intéressent l'ordre public », ou encore : « l'état des personnes ne peut faire l'objet ni d'une renonciation ni d'une transaction, il en est notamment ainsi à propos de la filiation naturelle⁴ » sont de simples constatations, ce ne sont pas des motifs. Ailleurs nous relevons : « La libre disposition des biens aux mains du propriétaire est une règle d'ordre public à laquelle, dès lors, il n'est pas permis de déroger en dehors de la loi⁵ ». On pourrait multiplier les citations; la seule chose qu'il soit possible de constater, c'est le fait même du caractère inéludable de la loi. Or, c'est la conséquence; l'effet de l'ordre public; quant à sa cause, c'est-à-dire aux forces qui le font mettre en mouvement, aucune précision ne nous est fournie par les décisions de jurisprudence. C'est cependant là, comme nous l'avons vu, le point névralgique du problème.

4. Req., 24 février 1924, D. P. 1925.1.124.

5. Civ., 24 janvier 1899 D. P. 1900.1.533.

La même observation peut être formulée au sujet de la thèse que soutient Louis-Lucas. Parlant du rôle de l'ordre public en droit interne, l'auteur dit notamment : « Dans les rapports de droit interne, l'ordre public ne joue guère que le rôle de simple renforcement des lois normalement compétentes⁶ ». Evidemment, comme M. Louis-Lucas l'ajoute, « cela est simple et compréhensible ». Mais l'on ne peut se défendre de poser la question : du renforcement de quelles lois s'agit-il ? Ce n'est pas forcément la seule évidence qui nous révèle *laquelle* des lois est normalement compétente pour s'appliquer à une situation déterminée puisque, en droit privé, la liberté est le principe, la volonté individuelle « tenant lieu de loi » comme dit l'article 1134. Voici par exemple un autre texte, l'article 537 qui dit : « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent ». Et s'il plaît à un donateur d'insérer une clause d'inaliénabilité dans l'acte de donation, est-ce l'article 1134 qui s'applique à cette situation ou l'article 537 ? Lequel est « normalement compétent ? » Si Candide avait eu à démêler le problème il inclinerait plutôt vers l'application de l'article 1134 qui emploie des termes bien plus impressionnants comme « des conventions légalement formées » qui « tiennent lieu de loi », que l'article 537 qui dit simplement que les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, donc, semble-t-il de pouvoir, entre autre, également les rendre inaliénables. C'est que Candide aurait sans doute ignoré la lutte des partis politiques au pouvoir contre le droit d'ainesse qu'il serait possible sinon facile de faire survivre ou de ressusciter sous forme de donation avec charge de conserver et de rendre, et leur « terreur peu raisonnée et légèrement désuète⁷ » de l'accumulation des biens de mainmorte que les donations avec clause d'inaliénabilité pourraient, le cas échéant, réaliser. Ce sont là des considérations qui donnent une couleur très prononcée à l'article 537 de sorte que les tribunaux décident unanimement *qu'il est d'ordre public*. Remarquons, qu'en l'occurrence l'ordre public ne frappe que les clauses d'inaliénabilité abso-

6. Remarques, *op. cit.*, p. 395.

7. Colin et Capitant, *Cours*, t. III, p. 663.

lue, c'est-à-dire celles qui ne limitent pas la durée de cette inaliénabilité. En revanche, celles qui sont temporaires et justifiées (exemples : clause d'inaliénabilité contenue dans une donation en vue de garantir le paiement d'une rente viagère sont validées par la jurisprudence). De prime abord, cependant, on aurait pu hésiter entre les deux textes. Affirmer que l'ordre public, en droit interne, joue simplement le rôle de renforcement des lois, ne résout pas le problème ; ce qui importe c'est de savoir quelles sont ces lois qui ont besoin d'être renforcées ? A cette question M. Louis-Lucas ne répond non plus d'une façon précise, il ajoute seulement : « Si l'intérêt supérieur exige qu'une situation soit régie par une loi.. que nul ne sera admise à discuter... » Or, « l'intérêt supérieur » c'est encore le côté politique, c'est-à-dire le véritable contenu de l'ordre public.

CHAPITRE III

DU DOMAINE DE L'ORDRE PUBLIC

Dans quelles matières du droit privé est-il nécessaire que la volonté individuelle soit tenue en échec par la volonté législative? En plaçant la question sur le véritable terrain de l'ordre public, en la formulant par exemple de la façon suivante : dans quelles circonstances faut-il considérer la densité politique d'une règle de droit privé suffisamment forte pour que la volonté individuelle ne puisse plus pénétrer dans son domaine? on se rend compte de l'impossibilité d'apporter une solution *à priori* satisfaisante à cette question.

Rien n'est plus sujet à changement que le côté politique de la vie juridique. C'est comme nous l'avons vu, l'influence du dehors qui s'exerce dans le droit privé sous forme d'ordre public; cette influence, du moment qu'elle est assez puissante, se cristallise toujours dans cette notion. Mais loin s'en faut que sa cause efficiente soit toujours la même. C'est au contraire de toutes les directions, des domaines les plus éloignés les uns des autres de la vie sociale que des idées, des forces, des dogmes, des exigences viennent aboutir, se personnifier dans l'ordre public. C'est dans chaque branche de l'activité que l'homme peut exercer qu'il se voit imposer une règle juridique que sa volonté est impuissante à écarter et c'est dans toutes les matières du droit privé que surgit cette notion.

Les différents exemples de l'intervention de l'ordre public que nous analysons au cours de cette étude montrent que la grande difficulté du problème ne réside pas tant à préciser la répercussion de l'ordre public sur un point donné du droit, dans une règle déterminée, dans l'article 1382 par

exemple — on finit toujours par dépouiller le véritable motif de la clause réservée de tous les arguments superfétatoires et obscurs, permettant ainsi de réduire aux seules limites de son motif l'action de l'ordre public que dans la recherche d'une règle qui indiquerait l'opportunité de son intervention.

Nous avons constaté l'inanité de l'effort doctrinal pour arriver à un résultat tangible quant à une classification judicieuse des lois en lois d'ordre public et autres.

C'est toujours le cerveau qui est le créateur de la pensée. Les physiologistes sont arrivés à découvrir les lois qui régissent le fonctionnement technique de l'organe suprême de l'homme : lorsqu'une pensée se crée, disent-ils, telles réactions se produisent dans le cerveau de l'homme et dans son corps tout entier; mais la science n'est jamais parvenue à déterminer pourquoi telle pensée se forme ni le moment où elle doit prendre naissance. Tout au plus, par une observation prolongée et approfondie de l'activité de l'individu — procédé tout empirique — pourrait-on dégager certaines tendances, dire par exemple que cet homme est hypochondriaque ou optimiste, rien de plus.

Il en est de même de l'ordre public. On connaît son importance en matière de droit privé, son côté technique, son fonctionnement, les réactions de son intervention; mais à savoir dans quelles circonstances et à quel moment il doit jouer, aucune règle générale ne peut être formulée. Ici également ce n'est que de simples tendances qu'il peut s'agir, tendances que l'on ne déduit non seulement de l'étude de la législation, mais de la vie sociale tout entière. Procédé peu sûr, vague, basé sur de simples observations empiriques et qui est rendu incertain encore du fait de l'évolution continuelle de la vie sociale, c'est-à-dire du politique.

En dehors de la doctrine classique, qui n'a pas abouti à un résultat satisfaisant et dont nous avons cité plus haut quelques exemples, M. Marmion à son tour a essayé de formuler la règle qui devait donner la clef de l'énigme. Nous pressentons le résultat. Une loi, dit-il en substance, crée des droits et des charges contre les individus. « En principe, le titulaire d'un droit peut y renoncer quand ce droit est patrimonial » et inversement : « chaque fois que l'abandon

d'un droit peut priver son bénéficiaire d'une satisfaction exclusivement morale, absolument isolée de toute satisfaction et de tout résultat pécuniaire, il n'est pas permis, en principe, d'y renoncer et la loi qui le consacre doit être toujours considérée comme impérative¹ ». La règle est simple ; elle se trouve malheureusement trop souvent en défaut. Les exceptions sont d'une importance telle, qu'il nous semble impossible d'ériger cette affirmation en axiome. Il faut recourir à un raisonnement spécieux pour pouvoir prétendre qu'une action en nullité pour vice de consentement — à laquelle il n'est pas permis de renoncer à l'avance — présente un intérêt purement moral où le côté pécuniaire ne joue aucun rôle ; la faculté — d'ordre public — que possède la femme mariée de demander la séparation de biens, ne vise-t-elle pas un but exclusivement pécuniaire ; et l'on pourrait multiplier les exemples à l'infini. Si, à la vérité, la règle inverse semble se confirmer en ce sens qu'il apparaît effectivement qu'une loi qui crée un droit exclusivement moral au profit de quelqu'un est impérative, tout au plus arrivera-t-on à désigner une certaine catégorie de lois d'ordre public, lois qui se concentrent particulièrement dans le domaine du droit des personnes et dont le caractère impératif ne faisait d'ailleurs jamais de doute. Et encore peut-on faire cette remarque qu'il devient parfois difficile de distinguer les lois au but purement moral de celles qui poursuivent un objectif pécuniaire. Ainsi, l'administration des pères et mères des biens de leurs enfants est-elle une règle qui n'a pour objet que les seuls intérêts matériels de l'enfant ou au contraire ne constitue-t-elle qu'un moyen pour atteindre un but plus éloigné, considéré comme purement moral, à savoir la bonne éducation du mineur. Elle ne serait alors que le complément plus ou moins direct de la puissance paternelle. De la réponse dépend le caractère supplétif ou impératif de l'article 389 alinéa 1.

Nous abandonnons, quant à nous, la recherche d'une règle précise qui révélerait le domaine de l'ordre public. Les développements qui précèdent nous semblent suffisamment convaincants pour pouvoir affirmer qu'une telle règle nous

1. Marmion, *op. cit.*, p. 113.

paraît absolument impossible à formuler. Les facteurs du temps, du lieu, des doctrines sociales du jour en faveur, c'est-à-dire justement ces facteurs qui remplissent ou vident le contenu de la clause réservée, de l'ordre public, sont des éléments trop changeants pour se laisser enfermer dans une doctrine fixe qui aurait en même temps quelques prétentions à l'utilité pratique.

Cependant, sous toutes les réserves que comporte le sujet l'étude de quelques cas d'intervention de l'ordre public dans le droit positif n'est peut-être pas dépourvue d'une certaine actualité. Nous tenons à souligner toutefois que nous n'avons nullement l'intention de nous étendre très longuement sur la jurisprudence de l'ordre public, ce qui dépasserait singulièrement le cadre de la présente étude : ce n'est pas un traité pratique de l'ordre public qui, en réalité, ne serait qu'une laborieuse œuvre d'énumération des lois impératives, que nous nous proposons d'écrire. L'objet de notre effort consiste beaucoup plus dans le souci de découvrir quelques-uns de ces sentiers obscurs qui aboutissent à l'inéludabilité de certaines lois, de descendre, à l'aide de quelques exemples, de la sphère de ces idées générales — intérêt de la communauté, exigence sociale, etc. — que l'on ne manque d'invoquer à l'occasion de l'application de l'ordre public, dans sa fonction technique où son sens se précise. A partir du moment où il s'est cristallisé à tel endroit déterminé, son étude devient possible. Il se meut, dorénavant, dans la limite des lois, il fait partie du droit et à ce titre il peut être comparé à n'importe quelle autre règle juridique, tant au point de vue de son exactitude que de ses répercussions. Mais on aura remarqué que ce raisonnement ne tient que quant aux effets de l'ordre public, seules ses conséquences peuvent être réellement précisées. Ce procédé est néanmoins d'une utilité incontestable : en parcourant le chemin dans le sens inverse, c'est-à-dire en remontant de ses effets à sa cause, on finit généralement aussi par mieux préciser cette dernière et par mettre à nu la nécessité politique qui lui a donné naissance. Besogne modeste au point de vue doctrinal, mais éventuellement fertile en résultats concrets, puisqu'elle permet d'examiner l'opportunité même de l'intervention de l'ordre pu-

blic. Malheureusement ce n'est là qu'un raisonnement *a posteriori*, qui suppose l'œuvre expérimentale de la jurisprudence, mais dans l'étude de l'ordre public, hélas ! il faut s'armer de modestie.

Pour pressentir les tendances du domaine de l'ordre public, il est pratique de diviser le droit dans ses parties naturelles et de l'étudier séparément sur le terrain de la condition des personnes et des droits de famille, sur celui des droits réels, et dans les obligations. Du coup, les motifs qui le font agir et qu'il est de première importance de connaître d'une façon exacte, se trouvent être rangés dans une suite plus ou moins logique. Le motif qui donne le caractère d'ordre public aux dispositions concernant l'âge de la majorité ne peut pas être le même que celui qui rend impérative la prohibition de la clause-or dans les contrats en temps de cours forcé des billets de banque et celui-ci diffère à son tour profondément du motif qui rend d'ordre public la faculté de l'article 815 de pouvoir toujours demander la cessation de l'indivision, sous la seule réserve de la prescription acquisitive, etc.

Nous nous empressons d'ajouter que c'est dans le seul souci d'obtenir un peu de clarté et de faciliter l'ébauche d'un certain groupement des motifs de l'ordre public qu'il convient de diviser ainsi le problème. Cela ne le résout nullement ni même ne fait avancer de beaucoup sa solution. Les exemples qui vont suivre nous le montreront bien.

Section I. L'ordre public dans le domaine de la condition des personnes.

C'est particulièrement sur ce terrain que les interventions de l'ordre public se suivent à une cadence accélérée. La raison en est facile à comprendre. Fixer la condition de l'homme dans la communauté ne peut sensément dépendre de sa seule volonté. La société s'impose à l'individu comme un fait et les règles qui établissent cette condition sont forcément d'ordre public. Il faut se représenter la société comme un immense toit qui protège tous les membres de la communauté et dont chacun supporte une fraction du

poids. Plus le toit sera perfectionné plus il sera lourd et davantage faudra-t-il que chacun soit à sa place pour que l'équilibre soit rigoureusement maintenu. *Ce qui importe, par conséquent, c'est l'uniformité des règles qui s'appliquent à chacun.* Il est à peu près sans importance que l'âge de la majorité soit fixé à 20 ans ou à 21 ans, mais il est absolument indispensable — à moins de désordres juridiques continuels — que chaque individu atteigne sa pleine capacité au même moment de sa vie. Naître, avoir une filiation maternelle et paternelle, développer ses facultés physiques et intellectuelles selon une certaine cadence presque climatique, satisfaire au besoin de la procréation, ce sont là des faits imposés par la nature et auxquels on ne peut échapper. Dès l'instant où il y a un développement social, les hommes, instruits par l'expérience, désirent ne plus voir ces faits naturels se produire dans un ordre anarchique, désastreux pour la communauté, commencent à les entourer de règles que chacun doit suivre et dans l'affirmation desquelles se mêlent les croyances et les conceptions du milieu et de l'époque. Telle ère a connu la simple répudiation pour dissoudre le mariage, telle autre son indissolubilité.

Les dispositions juridiques qui règlent la condition des personnes peuvent être considérées en grande partie comme l'interprétation de la nature, toujours sous réserve du milieu et de l'époque. C'est dans ce domaine que la nécessité de l'uniformité des règles se fait particulièrement sentir, parce que l'organisation de la Société repose directement sur elles. De quels autres éléments fondamentaux pourrait se composer la Société sinon des hommes et qui dit Société dit règle auxquelles ses membres doivent se soumettre. Ces lois, en très grande partie, se différencient des lois ordinaires par leur caractère *institutionnel*. Comment serait-il possible de concevoir que la volonté individuelle puisse intervenir dans ces dispositions pour les modifier. Peut-on imaginer un particulier établissant lui-même son acte d'état civil sans l'intervention du représentant de la communauté spécialement préposé à cette tâche? Une institution pareille n'a de valeur qu'à la condition de s'imposer à tous. Les règles qui organisent l'état civil sont, en

conséquence, incontestablement d'ordre public, parce que la nécessité le veut ainsi, parce qu'une autre solution est impossible à concevoir. Posséder la preuve de l'état de l'individu constitue le premier rouage de toute organisation sociale et elle est indispensable pour le particulier aussi bien que pour la collectivité. Celle-ci l'a d'ailleurs si bien compris que son représentant juridique, l'État, en a fait, si l'on peut dire, son affaire. Ce sont les mandataires de ce dernier qui ont seuls la charge de tenir les registres de l'état civil, dont le fonctionnement s'appuie étroitement sur le droit public; on en trouve la preuve dans l'article 56 du Code civil qui donne mission au ministère public d'intervenir d'office en la matière au cas où la volonté individuelle ne se conformerait pas strictement à ces règles.

Les dispositions, rigoureusement d'ordre public, concernant les actes de l'état civil, ne représentent d'ailleurs qu'une sorte de plan des institutions, découlant plus ou moins du droit naturel sous les réserves que nous avons formulées plus haut, dans lesquelles obligatoirement se meuvent les individus : on est marié ou célibataire, enfant naturel, légitime ou adoptif, parent ou allié, majeur ou mineur, etc. : c'est la condition de la personne. Il serait possible d'imaginer que de nombreuses dispositions, réglant cette condition, ne fussent point d'ordre public, laissées, par conséquent, à la libre appréciation des individus; ainsi on a connu le mariage purement contractuel.

Ce n'est pas la place ici, d'approfondir l'évolution historique des dispositions légales se rapportant à la condition des personnes, mais cette évolution est très nette : ces dispositions et beaucoup d'entre elles, comme la puissance paternelle par exemple l'étaient dès le début ont évolué pour aboutir toutes à l'*institution*, et l'État, depuis, a toujours considéré que la condition de la personne constituait la base même de son existence qu'il fallait la régler selon son image. Si le contenu de ses institutions a pu changer, si le mariage religieux par exemple est devenu le mariage civil, leur caractère d'ordre public n'a plus varié et c'est avec une constance remarquable que le côté politique y a toujours prévalu. C'est particulièrement à cette place qu'il convient d'affirmer que l'individu ne peut renoncer à un

droit qui ne vise qu'une satisfaction purement morale. La condition de la personne est dépourvue — au moins aux yeux de la loi — de toute couleur matérielle et pécuniaire. Le fait d'avoir un état civil, la faculté de se marier librement ou de divorcer, d'établir sa filiation en justice, est considéré comme étant des droits purement moraux et peu importe les mobiles secrets qui peuvent déterminer l'individu à en user.

Nous avons déjà vu qu'il était dangereux d'élever cette constatation en règle trop absolue sans approfondir en même temps les questions de détail. En effet, autour de la condition des personnes gravitent une foule de dispositions créant des droits purement pécuniaires et dont les uns sont d'ordre public et les autres simplement supplétives. En plus, sous un aspect pécuniaire il y en a qui peuvent être moraux ; tout dépend de la qualification qu'on leur attribue. Ainsi les pouvoirs du mari sur les biens de la femme commune est une règle de puissance maritale, donc d'ordre public (comparer particulièrement l'art. 1388), tandis que la doctrine et la jurisprudence jugent que les règles concernant l'administration légale des pères et mères des biens de leurs enfants mineurs ne font pas partie de la puissance paternelle et peuvent être écartées par la volonté individuelle expressément énoncée et non seulement dans les cas spécifiés par la loi (art. 1442).

Une remarque générale peut trouver sa place ici. Le problème de l'ordre public se décompose en réalité en deux parties : d'un côté il y a la loi, qui, en même temps qu'elle prétend s'appliquer à une situation, contient les conditions qui doivent être remplies pour que cette application joue. Pour que la déchéance de la puissance paternelle joue, plusieurs conditions doivent être préalablement remplies. De l'autre côté, il y a la volonté de l'individu qui tend à dissocier les conditions d'application de la loi de l'application de cette loi elle-même. Pour raisonner sur l'exemple que nous venons de citer, le père voudrait se réserver la puissance paternelle tout en restant indigne. Si la réalisation de la condition peut avoir lieu sans entraîner d'une façon indispensable l'application de la loi, nous nous trouvons en face d'une loi supplétive, dans le cas contraire

c'est une règle d'ordre public. Il va de soi que la manifestation de la volonté individuelle doit avoir lieu *avant* la réalisation de la condition; il faut que l'individu prévienne expressément cette situation, sinon la loi doit s'appliquer dans tous les cas, en vertu de l'ordre public primaire dont nous avons parlé au début; ainsi, le donateur doit stipuler *avant* que la donation ne soit parfaite ou au plus tard en même temps qu'il l'effectue, qu'il entend écarter les règles de la jouissance légale des pères et mères sur les biens de leurs enfants mineurs, sinon il se trouve en face d'un droit acquis des parents qu'il ne dépend plus de lui de détruire. Nous retrouverons d'ailleurs l'importance de cette constatation en matière contractuelle.

Or, en présence de lois-institutions comme celles qui règlent la condition des personnes, la volonté individuelle ne peut trouver de place. L'homme, dès sa naissance, est soumis d'autorité à ces institutions (filiation, minorité, parenté, etc.), ou il y adhère volontairement et doit en accepter toutes les conséquences que le législateur a cru nécessaire d'en faire découler (mariage, adoption, etc.). Cette affirmation ne constitue d'ailleurs qu'un truisme et il ne viendrait à l'idée de personne de contester le caractère d'ordre public de ces lois. Cependant, autant que ce caractère ne peut faire de doute, autant il est difficile d'en donner une justification autre que celle que nous avons donnée plus haut, si on ne veut pas tomber dans une décourageante banalité d'expression. On aura beau chercher de savantes raisons pour expliquer le caractère d'ordre public de ces règles, on aboutira toujours à la nécessité ou au politique. Le fondement de la laïcité du mariage par exemple n'est autre chose qu'une idée politique. Les dispositions concernant la filiation et les actions en recherche de filiation sont d'ordre public parce qu'il serait insensé de laisser aux individus la liberté de renoncer — peut-être même moyennant argent — à un droit ou une faculté destiné à établir un fait, ou de pouvoir renoncer à ce fait lui-même, c'est-à-dire la filiation.

Ce n'est que sur le terrain international que l'aspect prendra plus de relief, au moment où il s'agira de savoir jusqu'à quel point des étrangers, habitant le territoire

français, peuvent se soustraire à nos règles sur la condition des personnes. On verra aussi qu'il est extrêmement arbitraire de vouloir faire suivre aux nationaux les règles sur la condition des personnes à l'étranger et de vouloir appliquer aux étrangers en France — au moins à ceux qui y résident d'une façon permanente — leur loi nationale. La grande, la puissante raison de l'ordre public des lois sur l'état et la capacité est l'uniformité, nécessaire au maintien de l'équilibre du toit dont nous avons parlé; c'est presque une question de statique, que l'on sent rompue par la théorie de la personnalité du droit de l'École franco-italienne et même par l'esprit des rédacteurs du Code civil qui a présidé à la rédaction de l'article 3, alinéa 3, d'après lequel les lois concernant l'état et la capacité des Français s'appliquent même à ceux résidant à l'étranger. Quoiqu'il en soit — nous reviendrons sur tous ces points dans notre deuxième partie — il ne s'agira plus d'un conflit entre la *lex privata* et la *lex publica*, mais d'un conflit de lois tout court.

Section II. — L'ordre public sur le terrain des droits de famille.

L'expression « droits de famille » que nous employons est intentionnellement vague et large. Elle comprend cette foule de principes qui sont posés par le Code civil comme prolongement des institutions qui règlent la condition des personnes. Du point de vue du droit privé et en considérant les choses de très haut, la condition d'une personne n'est autre chose que sa situation dans la famille : une personne est mariée, a telle filiation, est majeure, parent ou allié, etc.; c'est le côté institution, rigoureusement d'ordre public. De cette condition de la personne découle une multitude de droits que le Code a minutieusement organisés : lois protectrices des incapables et de la famille, droits alimentaires, droits successoraux. Mais on a quitté la digne et ancestrale condition des personnes, la rigueur des lois se relâche quelque peu et la volonté individuelle reprend timidement ses droits. Loin s'en faut, en effet, que toutes

ces lois soient aussi sévèrement d'ordre public que les précédentes.

Nous avons déjà parlé des lois protectrices des incapables et souligné leur caractère d'ordre public. Si, d'un côté, le législateur édicte des incapacités, s'il considère les institutions de la puissance paternelle, de la puissance maritale, de l'interdiction comme rigoureusement d'ordre public (articles 371 et suiv., 214, 502, etc.), privant ainsi toute une catégorie d'individus de l'exercice de certains de leurs droits, il faut que de l'autre côté il établisse à leur égard une protection efficace, contre-poids logique pour maintenir l'équilibre. La nature impérative de ces règles de protection est motivée par une idée de justice et d'équité. Du moment que la volonté individuelle n'enfreint pas à cette justice — d'ailleurs à la libre appréciation du juge — elle peut se manifester et produire ses effets. Mais si elle heurte ce sentiment elle est inefficace et doit être écartée. C'est une formule souple qui s'adapte parfaitement à la vie courante et nombreuses sont les décisions de jurisprudence qui la consacrent.

Ainsi, le mineur qui aurait accompli seul les actes pour lesquels il avait besoin de l'assistance de son tuteur n'est pas admis à demander purement et simplement la nullité de ces actes. Il n'a que la possibilité d'attaquer la convention passée en invoquant la lésion dont il a été victime; le juge recherchera si les clauses de ce contrat heurtent le sentiment de justice que l'on doit à l'incapable sous la forme précise de la protection. Du moment que la lésion est manifeste, la volonté individuelle aura pénétré dans le domaine de l'ordre public qui lui est interdit et le juge prononcera la rescision du contrat. Cette jurisprudence est établie depuis le fameux arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 18 juin 1844 (S. 44.1.197) et ce ne peuvent être que des considérations d'ordre public, appuyées elles-mêmes sur le sentiment de justice et d'équité, prolongement logique de l'incapacité, qui expliquent pleinement cette jurisprudence.

Nous trouvons un nouvel exemple saisissant d'une règle d'ordre public, qui concerne une autre catégorie d'incapables et où la volonté peut se mouvoir dans les limites de

l'équité sainement comprise. Nous voulons parler de la disposition de l'article 2140 et de l'usage qu'en fait la jurisprudence. D'après ce texte, les futurs époux ne peuvent stipuler dans leur contrat de mariage que les immeubles du mari seront entièrement dégrevés de l'hypothèque légale dont bénéficie la femme pour la sûreté de ses reprises. Cette hypothèque est considérée comme une mesure de protection, constituant un des nombreux contre-poids aux pouvoirs du mari sur les biens de sa femme. Une clause (en raison de l'immutabilité des conventions matrimoniales, cette clause ne pourrait figurer que dans le contrat de mariage), exonérant entièrement les immeubles du mari de l'hypothèque légale, offenserait cette idée de justice que nous avons précisée et qui donne le caractère d'ordre public au texte : la clause serait donc nulle. Mais rien ne s'oppose à ce que les époux, dans leur contrat de mariage, cantonnent l'hypothèque légale sur certains immeubles déterminés du mari. Le juge, suivant son instinct d'équité, appréciera souverainement la situation de fait. C'est avec assez de netteté, qu'en matière de protection des incapables, la conclusion suivante se dégage : la volonté individuelle reste libre d'aménager pratiquement cette protection, mais dès qu'elle cherchera à atteindre cette protection elle-même, l'ordre public s'y opposera.

Il est à peine besoin de mentionner la jurisprudence en ce qui concerne d'autres principes, plus connus encore, de protection des incapables : reddition des comptes au moment de la liquidation de la tutelle, la faculté pour la femme mariée de demander en justice la séparation de biens, d'accepter la communauté sous bénéfice d'émolument, d'y renoncer, etc. Ces droits sont impératifs, car s'il était possible d'y renoncer, la protection serait vaine. Dans le conflit des lois, le motif de l'ordre public de ces règles réapparaîtra de nouveau pour écarter telle loi étrangère qui ne satisfera point ou pas suffisamment à cette idée de justice.

Les *droits successoraux* peuvent aussi être comptés parmi les droits de famille. Tous les traités de droits civil et d'économie politique insistent sur le caractère politique des lois qui règlent la dévolution de la succession ; il ne

s'agit-là, bien entendu, que des principes fondamentaux : droit d'aînesse, droit de masculinité, dévolution légale, liberté de tester, réserve légale, etc. On comprend aisément que l'adoption de l'une ou de l'autre de ces solutions ne peut pas ne pas entraîner le caractère d'ordre public des règles qui la consacrent. De tous temps le régime successoral a eu cause liée avec le régime politique au pouvoir et il constitue peut-être l'expression la plus directe des conceptions sociales de ce pouvoir sur le terrain du droit civil. Le régime successoral peut effectivement servir aux fins politiques les plus opposées et aucun parti au pouvoir ne s'est jamais abstenu d'en user. On peut l'organiser de sorte à conserver les biens dans la famille et d'affirmer ainsi la puissance de la famille elle-même ; on peut le transformer en arme pour la lutte des classes, pour morceller la propriété, etc. Il ne rentre pas dans le cadre de la présente étude de discuter du bien-fondé des mobiles qui peuvent déterminer le législateur à s'arrêter à telle solution. Ce qui importe, c'est la constatation de son caractère purement politique, c'est-à-dire d'ordre public.

Pour savoir dans quelles limites la volonté individuelle peut exactement se mouvoir, il conviendrait cependant de préciser davantage l'idée politique qui sert de base au régime successoral dans le droit positif, qui forme, on le sait, une combinaison de la dévolution légale (réserve) et de la liberté de tester (quotité disponible). Ce qui est politique, ce sont les dispositions que le législateur veut imposer aux individus, malgré leur volonté contraire ; les autres règles sont supplétives et nous n'avons donc pas à en parler ici. Quelles sont alors les idées maîtresses qui rendent certaines règles successorales inéludables ?

Il conviendrait d'analyser au préalable le caractère d'ordre public des obligations alimentaires qui existent entre membres déterminés de la famille en raison de certaines affinités entre les deux problèmes. Nous verrons si les motifs sont identiques.

Le caractère d'ordre public de *l'obligation alimentaire* a une racine plus profonde que le simple devoir familial, qui procéderait vaguement d'une idée humanitaire. Le devoir familial, évidemment, joue un certain rôle, mais

d'une façon assez particulière. Le législateur considère qu'en l'état social actuel, la famille constitue un organisme assez puissant pour astreindre ces membres à de strictes obligations d'entraide. Mais ce qu'il faut, c'est avant tout empêcher, autant que possible, qu'un individu ne tombe à la charge de la communauté. S'il est dans le besoin, c'est l'époux, le père, le fils, le gendre, etc., à qui doit incomber l'obligation de lui fournir des aliments. C'est plus qu'un simple sentiment d'humanité, c'est une mesure de protection sociale. L'ordre public des articles du Code civil qui organisent l'obligation alimentaire entre les différentes personnes de la famille (articles 205 et 212 du Code civ.; articles 7 à 10 de la loi du 13 juillet 1907 concernant les époux, article 536, etc.), procède, au fond, d'une idée à double face : la consécration de la famille comme instrument social (ce qui peut ne plus exister ou d'une façon très amoindrie comme en droit soviétique) et en deuxième lieu, l'élément principal, à savoir le désir du législateur de ne charger la Société de l'entretien des indigents que dans les hypothèses les plus exceptionnelles, c'est-à-dire dans les cas où les membres de la famille, astreints à l'obligation alimentaire, ne seraient pas en mesure de l'exécuter. Derrière ce double motif, qui, à bien regarder, ne forme peut-être qu'un seul, qui sert de fondement à l'ordre public des obligations alimentaires, on sent s'ouvrir la porte sur tout un domaine de conceptions sociales et politiques déterminées. La volonté individuelle n'est pas admise à contrarier les lignes bien établies des règles que nous venons d'indiquer et la jurisprudence est très ferme dans ce sens, quoique, nous le constatons une fois de plus, elle ne motive jamais la nature du principe.

C'est encore en matière de droit international que ce motif prendra une importance accrue.

Mais la réponse à la question quel peut être le véritable motif, le fondement de l'ordre public des règles successorales — réserve d'un côté et liberté de tester de l'autre — est bien plus complexe. Sur quoi repose par exemple le *caractère impératif de la réserve légale*? Est-ce un devoir alimentaire, mesuré en quelque sorte à la situation de famille et particulièrement digne d'intérêt puis-

qu'il ne s'applique qu'à un noyau restreint de personnes, *l'officium pietatis* comme en droit romain, ou est-ce une mesure de protection de la famille que le législateur tient à conserver? Ou encore procède-t-il de cette idée obscure que certains héritiers continuent la personne du défunt et doivent, par conséquent, succéder à une partie au moins du patrimoine du *de cuius*? Selon que l'on adoptera l'une ou l'autre de ces thèses il faudra dire : si c'est une obligation alimentaire, peu importe la composition de la réserve, pourvu que sa valeur corresponde aux exigences de la loi; dans le deuxième cas, c'est-à-dire en considérant la réserve comme une protection de la famille, il conviendrait, dans la mesure du possible et suivant l'antique tradition du droit coutumier, de la composer plutôt des biens immobiliers de la succession et ce n'est que dans la troisième hypothèse, celle de la fiction que l'héritier réservataire continue la personne du défunt, que la réserve devra contenir une portion de meubles et immeubles proportionnelle à la composition de la succession, représenter le reflet exact de cette dernière.

On voit que le domaine réservé à la manifestation de la volonté individuelle, c'est-à-dire de celle du *de cuius* ou de la personne, à qui ce dernier a pu déléguer le pouvoir de comparer la réserve, c'est-à-dire généralement le légataire de la quotité disponible, se restreint ou s'élargit, selon que l'on penche vers l'une ou l'autre de ces différentes solutions.

Le législateur n'a pas tranché le problème et la question est très obscure. L'histoire a inextricablement mêlé les idées venues de différents côtés et il est difficile d'affirmer à laquelle des trois possibilités la jurisprudence s'est arrêtée effectivement. Il nous semble cependant que c'est d'abord une mesure destinée à protéger la famille sans toutefois prendre en considération le vieil adage *res mobilis res vilis*, tombé en désuétude en raison de la transformation de la structure économique des fortunes; constatation importante dont l'acuité se révélera particulièrement au moment où il s'agira de savoir quelles familles le législateur tend ainsi à conserver; en d'autres termes, si l'ordre public, qui préside aux règles de la réserve, s'applique

également aux étrangers? C'est ensuite une obligation alimentaire. « Notre réserve, malgré son nom, ne se rattache point, comme celle du droit coutumier, à l'idée de devoir posthume envers l'ensemble de la famille. Elle repose bien plutôt sur l'idée de devoir alimentaire, *d'officium pietatis*, tout comme en droit romain². » En droit interne c'est la seule proposition que la jurisprudence retient; elle décide que le testateur ou même le légataire de la quotité disponible peut choisir les biens de la succession qui doivent composer la réserve, pourvu que ce choix soit effectué loyalement, de façon à ne pas nuire aux droits du réservataire³. Nous insistons cependant sur le point que l'on ne peut faire abstraction de cette autre idée, peut-être plus fondamentale encore que la première, que la réserve est avant tout une mesure de protection de la famille; la conception du devoir alimentaire n'est en réalité qu'une application de la première proposition. Quoiqu'il en soit, lorsque, en France, un demandeur concluait à l'application d'une loi étrangère concernant une succession, et que cette loi contiendrait des dispositions qui équivaldraient pratiquement à priver l'héritier de tous ses droits successoraux au profit par exemple de l'Etat qui a édicté cette règle spoliatrice, le juge français ne donnera aucune suite à cette demande pour cette raison que le devoir alimentaire, qu'exprime en réalité le droit de succéder, est d'ordre public⁴.

Dans la mesure que nous venons d'indiquer, la volonté du testateur peut donc produire certains effets, même quant à la réserve, particulièrement en ce qui concerne la composition de celle-ci. En dehors de la réserve, la volonté individuelle prend une liberté beaucoup plus considérable en matière successorale; il s'agit-là, évidemment, de la quotité disponible. Mais même sur ce terrain la liberté de la volonté individuelle a un sens très strict et nombreuses sont les dispositions d'ordre public qui viennent la limiter : prohibition des pactes sur successions futures (art. 1130) dont le champ d'application est très large; prohibition

2. Colin et Capitant, *Cours*, éd. 1929, t. III, p. 704.

3. Req., 29 juillet 1890, D. P. 91.1.28, S. 91.1.5.

4. Voir *infra*, p. .

des testaments conjonctifs (art. 968); prohibition des substitutions sauf dans quelques cas expressément énoncés (art. 896, 897, 1048, 1074), etc. Nous ne pouvons discuter en détail toutes ces dispositions dans l'application desquelles on retrouve l'ordre public. Notre désir, en effet, n'était point de constituer une encyclopédie de l'ordre public, mais de raisonner, à l'aide de quelques exemples, pour retrouver la portée exacte de l'action de cette force lorsqu'elle apparaît en droit privé. Pour ce faire il n'y a qu'un seul moyen, c'est de dégager le motif précis du caractère impératif d'une règle, car au delà du motif de l'ordre public, la volonté individuelle reprend immédiatement ses droits.

Section III. — L'ordre public en matière de droits réels.

Le droit réel est un droit absolu, c'est-à-dire n'établissant aucun rapport entre deux individus, mais portant directement sur une chose, sur un bien corporel ou incorporel. Or, ce sont justement les choses et les biens, pris comme ensemble, qui constituent le côté fixe de la souveraineté d'un Etat moderne et les droits fondamentaux qui les concernent ont un caractère politique très prononcé. La preuve se trouve dans ce simple raisonnement que la propriété, d'où sont issus les autres droits réels, n'est en somme que l'aboutissant de la conquête et de la conquête par la force. On sait le rôle important qu'a joué, dans l'histoire, le problème de la répartition des terres parmi les individus. On sait aussi que c'est toujours la classe dirigeante, c'est-à-dire celle qui détient le pouvoir politique qui a commencé par s'attribuer ces richesses. Pour ce faire, la première des mesures à prendre consistait à organiser le régime juridique de la propriété et, quoique la force d'une tradition séculaire ait pu faire oublier ce caractère, il n'empêche que le politique y prédomine⁶.

5. Voir Colin et Capitant, *op. cit.*, éd. 1932, t. II, p. 5.

6. Ce caractère politique semble tellement naturel qu'on le sous-entend simplement; cependant on le signale parfois expressément. Entre autre nous trouvons dans Colin et Capitant, *Cours*, t. II, p. 888, un passage signi-

C'est un fait et non une thèse; nous dirions même que c'est une nécessité parce qu'une mauvaise organisation de la propriété peut ruiner le pays et appauvrir la classe qui maintient l'Etat. Sans vouloir nous étendre davantage sur ces considérations, ce rappel nous semblait cependant s'imposer en ce sens qu'il montre le caractère indispensablement d'ordre public des dispositions de base concernant les droits réels et, d'autre part, la compétence législative nécessairement territoriale lorsqu'il s'agit de l'application de ces dispositions impératives, se rapportant à des biens situés dans le ressort de l'Etat.

Il est à remarquer que les dispositions relatives aux droits réels et particulièrement à la propriété immobilière ne présentent pas un intérêt doctrinal considérable quant au problème de l'ordre public. C'est une des parties du droit qui soulève peut-être le moins de discussions sur ce point. Cela tient au développement régulier, depuis le droit romain, du régime juridique des droits réels, régime basé avant tout sur la propriété individuelle. Ne nous occupant ici que de l'ordre public, il convient de bien distinguer ce qui, en la matière est bien d'ordre public, c'est-à-dire quelles sont les règles auxquelles les particuliers ne peuvent déroger et quelles sont celles qui peuvent être écartées par la volonté individuelle? Ainsi, l'article 1138 du Code civil qui détermine qu'en matière de vente, le transfert de la propriété a lieu par la seule convention des parties, n'est pas d'ordre public comme M. Niboyet semble le croire⁷, puisque les particuliers ont toute latitude de fixer à leur gré le moment où ce transfert doit se réaliser. En traitant du problème de l'ordre public, cette question n'a d'intérêt ni en droit interne ni en droit international privé.

Par contre, ce qui est certainement une règle d'ordre public en droit français, c'est la division des choses en meubles et en immeubles et la définition que donne le Code de chacune de ces deux catégories de biens. On sait

ficatif. A propos du privilège du bailleur d'immeuble les auteurs disent que cette faveur « ne peut s'expliquer que par la puissance dont a toujours joui la classe des propriétaires du sol ». On ne saurait être plus explicite.

7. Niboyet, *Manuel de Droit international privé*, éd. 1928, p. 633, note 1.

que le législateur, dans un but économique, s'est attaché à « immobiliser » certains biens, meubles par nature, pour les intégrer dans l'immeuble duquel ils dépendent (articles 522, 524, 525, etc.). Or, les particuliers ont une certaine liberté de changer conventionnellement, dans certaines circonstances, la nature mobilière ou immobilière des choses; le bailleur et le fermier par exemple peuvent stipuler que le bétail que le propriétaire fournit au fermier ne sera point considéré comme attaché au fonds, c'est-à-dire qu'il n'aura pas le caractère d'un immeuble par destination comme le décide l'article 522. Mais il n'est pas permis aux particuliers d'effectuer ces changements comme ils l'entendent. C'est en se basant sur une idée d'ordre public que le juge repousse la clause du testament, par laquelle le *de cuius* a immobilisé tout le mobilier du château qu'il a légué. La division de tous les biens en meubles et immeubles est une disposition impérative et lorsqu'on désire changer la nature mobilière ou immobilière des choses on doit s'inspirer des exceptions que le Code a lui-même apportées au principe de l'article 516 qui décide cette *summa divisio*. Le mobilier d'une maison d'habitation n'étant ni immeuble par nature, ni immeuble par destination, ni par l'objet auquel il s'applique, il doit nécessairement rester meuble⁸. Ce ne sont que les actions de la Banque de France qui peuvent être déclarées immeubles par la seule volonté du propriétaire.

Nous ne pouvons pas, à cette place, ne pas faire une incursion dans le domaine du droit international privé. Il s'agit d'un problème voisin de celui de l'ordre public, sans cependant s'identifier avec lui; il s'agit du problème des qualifications qui peut avoir une influence directe sur l'application des règles impératives. On sait que, en ce qui concerne les droits réels, on admet unanimement la compétence de la loi de la situation des biens⁹. Le juge français ne connaît la classification en meubles et immeubles que pour les biens situés en France; c'est dire que sa qualification ne doit s'appliquer que sur les choses qui se

8. Trib. civ. La Châtre, 5 juillet 1910, *Rev. du Droit intern. privé*, 1912 p. 121.

9. Voir Niboyet, *Manuel*, n° 504, p. 630.

trouvent sur le territoire français. C'est à tort, croyons-nous, que M. Niboyet critique un arrêt de la Cour de cassation du 5 avril 1887 qui appliquait la loi russe pour une mine qui se trouvait en Russie. D'après le droit russe, une mine était considérée comme meuble, mais immeuble d'après le droit français. De toute évidence, c'était bien le droit russe qui devait effectivement s'appliquer et la Cour de cassation n'a pas commis d'erreur de qualification. La solution préconisée par M. Niboyet¹⁰, qui conclut à l'application de la qualification française, eût donné une fausse interprétation à une disposition française d'ordre public. Si le législateur français classe les mines parmi les immeubles, il ne peut s'agir là que de celles qui sont situées en France. Il a eu ses raisons de procéder ainsi, ne serait-ce — en dehors même des conceptions particulières sur la propriété du sous-sol — qu'en vertu des principes généraux du droit français, qui excluent la possibilité de faire rentrer une mine dans la catégorie des meubles. Mais ce raisonnement n'est juste qu'en ce qui concerne le ressort géographique de la législation française. Le droit russe peut avoir des conceptions contraires et ce sont celles-ci qui s'imposent partout, du moment que le bien, meuble ou immeuble, est situé en Russie.

Nous n'avons soulevé cette question de qualification relative aux droits réels que parce qu'elle peut toucher indirectement au problème de l'application des règles impératives; mais en même temps la solution qu'on en donne, si elle est bien comprise, indique la limite exacte des dispositions d'ordre public dans le domaine des droits réels, proposition que l'on pourrait ainsi formuler : toutes les choses, situées dans le ressort géographique d'une législation, sont soumises à ses dispositions impératives.

Lorsqu'on rencontre en matière de droits réels des règles auxquelles les particuliers ne peuvent pas déroger, le motif de l'ordre public de ces dispositions se trouve toujours être une considération économique. S'il s'agit de l'organisation des immeubles, du cadastre par exemple (lois du 23 mars 1855 et du 1^{er} mars 1918) ou, en matière de

10. Niboyet, *Manuel*, n° 419, p. 509.

gage l'obligation impérative de dépossession du débiteur (article 2076), l'interdiction du pacte commissaire (article 2078), ou encore l'impossibilité de renoncer à l'avance à la prescription acquisitive (article 2220), la suspension de la prescription entre époux (article 2253), etc., ce sont des règles où la volonté législative prime la volonté individuelle pour des raisons de nécessité. Par exemple, si l'Etat désire que le cadastre soit organisé, il serait inconcevable que les propriétaires fonciers pussent ne pas s'y conformer; l'obligation de la dépossession du débiteur gagiste, exigée par le Code civil français, est considérée comme une mesure de publicité; l'interdiction du pacte commissaire (au moment de la constitution du gage) est principalement censée être une mesure contre l'usure, pratique désastreuse pour un régime économique qui est principalement basé sur le crédit. Enfin, la prohibition de renoncer d'avance à la prescription acquisitive s'inspire du souci d'éviter la multiplication des procès, en ménageant au propriétaire de bonne foi un titre définitif et inattaquable; sans cette prohibition, la clause de renonciation deviendrait de style, aucun titre ne serait plus à l'abri d'une contestation possible devant l'impossibilité de pouvoir administrer la *probatio diabolica*. On pourrait multiplier les exemples, la constatation serait toujours la même, à savoir qu'en matière de droits réels, le contenu de l'ordre public est en principe une raison économique.

Nous nous devons cependant de citer un cas qui se trouve un peu à l'écart de ce principe, c'est l'article 686 qui dispose qu'une servitude ne peut être imposée ni à une personne ni en faveur d'une personne. C'est là une mesure de politique pure, une arme contre un retour possible aux fameuses servitudes personnelles de l'Ancien Régime. L'homme, se trouvant en France, et quel qu'il soit, ne peut être chargé d'aucune servitude personnelle. Cette remarque est à retenir pour le droit international privé.

Nous répétons, qu'au point de vue de l'ordre public, et pour les raisons que nous avons mentionnées, les droits réels ne présentent pas de difficultés importantes. A notre avis, c'est le seul domaine du droit où les motifs de l'ordre public, sauf le cas que nous venons de citer, se

ressemblent, se rapprochent au point de pouvoir les grouper sous une seule rubrique : les considérations économiques. Cependant, ici non plus aucune illusion n'est possible à ce sujet; dès qu'on regarde de plus près, on s'aperçoit que malgré cette parenté évidente, chaque motif diffère de l'autre; ici l'ordre public intervient pour sauvegarder une mesure de publicité et protéger ainsi les tiers, là il défend aux individus de ne pas s'opposer à une exploitation plus rationnelle du sous-sol (loi du 21 avril 1810 sur les mines, etc.). Dans le détail, c'est-à-dire dans son application vivante, l'ordre public s'effrite, s'évapore et il ne reste que le contenu, le motif du cas d'espèce que l'on vient de traiter. On se trouve toujours rejeté vers l'empirisme.

Section IV

L'ordre public sur le terrain des obligations.

Tout en nous excusant de cette insistance, nous ne nous lasserons de répéter que c'est dans le *motif* de chaque cas d'ordre public qu'il faut chercher la solution du problème. Si, en effet, on a réussi à définir le contenu exact de l'ordre public — et il existe toujours une raison de rendre impératif un principe de droit, raison qu'on doit finir par trouver — c'est sur ce contenu que se mesure la force, l'ampleur de l'ordre public. Ainsi, un contrat de travail doit être temporaire (article 1780); un louage de service à vie ressemblerait par trop à une servitude personnelle, prohibée par notre droit ainsi que nous venons de le voir. En conséquence, un accord de volonté, qui tendrait à faire naître une obligation de cette sorte, ne peut pas aboutir. Pour préciser notre pensée nous dirions qu'un engagement pareil n'est pas possible non pas exactement parce qu'il est prohibé — ceci n'est que l'effet de la cause qui consiste justement dans le principe qu'un louage de service doit être temporaire. Pourquoi cette obligation doit-elle être strictement limitée dans le temps? Sans aucun doute à cause du fâcheux ressouvenir des ser-

vitudes personnelles radicalement honnies par le droit français. Si on avait simplement juxtaposé les deux dispositions, c'est-à-dire la prohibition de l'engagement à vie d'une part et l'exigence de l'engagement temporaire d'autre part, sans pousser la recherche des motifs plus loin, il eût été possible à la jurisprudence de raisonner de la façon suivante : puisque dans un cas il y a permission et prohibition dans l'autre, il est clair que les parties n'ont pu vouloir faire un acte nul, mais valable ; elles n'ont pu avoir en vue la prohibition, mais la permission ; en conséquence nous n'avons qu'à réduire cet engagement qui était à vie pour le conformer par exemple aux coutumes locales. Tandis qu'en recherchant les motifs exacts de la prohibition, c'est-à-dire en formulant le principe positif qui sert de base à la prohibition, il faut dire, dans notre cas : en matière de louage de service, la volonté individuelle ne peut faire naître qu'une obligation strictement temporaire ; un engagement à vie est assimilable à une servitude personnelle et pareille servitude n'a jamais pu exister en France. Cet engagement à vie doit donc être considéré comme n'avoir jamais été pris. On saisit ainsi l'importance de la recherche du motif de l'ordre public ; il indique au juge comment il doit se comporter devant une convention prohibée : l'annuler entièrement ou simplement réduire son objet au niveau de la permission.

Un principe très général, concernant l'ordre public en matière d'obligations, est contenu dans l'article 1133. Ce texte prohibe les manifestations de la volonté individuelle dans le sens juridique, en vue de faire naître des obligations dont la *cause serait contraire aux bonnes mœurs*, c'est-à-dire à la morale¹¹. On suppose des principes de bonnes mœurs, qui ne sont contenus dans aucun texte, mais contre lesquels, cependant, la volonté individuelle ne pourrait se prévaloir. La jurisprudence fait souvent application de cette idée¹². Cette constatation nous semble

11. Dans le même art. il est fait allusion à la « cause prohibée par la loi ». Cette expression n'est qu'un simple renvoi aux différents textes d'ordre public, une affirmation de principe à l'instar de l'article 6.

12. Sont nulles certaines obligations qui résultent du concubinage : Req. 8 juin 1926 · D. P. 1927.1.113. nullité du bail d'un appartement stipulant que le local est destiné à servir de maison de rendez-vous (Paris, 22 mars, 1923, D. P., 1923.2.118), etc.

d'une certaine importance; elle montre d'une façon particulièrement saisissante l'indépendance, l'autonomie de l'ordre public, car les bonnes mœurs, de toute évidence ne constituent qu'un cas particulier de ce dernier. Généralement l'ordre public s'appuie sur un texte positif et les apparences font alors croire que c'est le texte qui conditionne l'ordre public. En réalité, l'ordre public est toujours indépendant des textes positifs. Ce qui conditionne l'ordre public, c'est son motif. Si demain la peur du législateur devant le danger de l'accumulation des biens de mainmorte disparaît, le motif de la nature d'ordre public de l'article 537 alinéa 1 qui dispose, ainsi que nous l'avons vu, que les particuliers doivent avoir la libre disposition des biens qui leur appartiennent, aura également disparu et les clauses d'inaliénabilité absolue ne seront plus considérées comme illicites.

Le principe général de l'article 1133 illustre cette indépendance, si l'on peut dire, sur le vif. Aucun texte législatif ne consacre ces principes de morale et il suffit cependant à l'ordre public de s'affirmer sans autre justification pour les intégrer dans le droit positif.

Nous consacrerons une analyse plus détaillée à un autre cas d'ordre public en matière d'obligation. Il s'agit du principe d'ordre public de la responsabilité civile de l'article 1382. A notre avis, la portée exacte du caractère impératif de ce texte et toutes les conséquences que sa nature d'ordre public comporte, n'ont pas été dégagées avec suffisamment de clarté, ni en jurisprudence, ni peut-être même en doctrine. La raison en est justement que le motif d'ordre public de ce cas n'a pas été nettement défini.

Appréciation sur le caractère d'ordre public de la responsabilité civile de l'article 1382. — D'après la jurisprudence, la disposition de l'article 1382 et des textes suivants, concernant la responsabilité en matière délictuelle, est d'ordre public. « Toute convention, dit notamment un arrêt, pour ne citer que celui-ci, par laquelle on se décharge directement ou indirectement de la responsabilité de sa propre faute, est atteinte d'une nullité d'ordre public¹³ ».

13. Montpellier, 5 déc. 1892, D. P. 94.2.451.

Quoique cet arrêt — et nous savons que la jurisprudence ne le fait jamais¹⁴ — ne motive pas l'ordre public de ce texte, ce caractère, ici, s'explique apparemment très facilement. Si, en effet, l'article 1382 pouvait être librement écarté par les particuliers, s'ils pouvaient, en d'autres termes, se libérer d'avance des conséquences dommageables de leurs fautes, une clause de ce genre risquerait de devenir de style dans tous les *contrats*, au moins lorsqu'une des parties serait économiquement plus forte que l'autre, et on finirait peut-être même par la sous-entendre dans tous les contrats. Telle est à peu près la thèse qu'on entend généralement à ce sujet; les développements qui vont suivre se proposent de l'examiner en détail et surtout de prouver que la faute contractuelle ne peut différer de la faute délictuelle.

S'il est possible de limiter la *responsabilité contractuelle*, au moyen de la clause pénale, ou même de s'exonérer d'avance de l'inexécution d'un contrat, même imputable à la faute du débiteur¹⁵, le créancier devrait toujours avoir le moyen de se faire dédommager en recourant à l'article 1382, c'est-à-dire en prouvant la faute du débiteur, en raison du fait, que nous allons constater plus loin, que la responsabilité contractuelle ne peut être séparée de la responsabilité délictuelle. Quel est finalement le motif d'ordre public de ce texte? Tâchons de le dégager.

La présence de l'article 1382, dit la doctrine classique¹⁶, est certainement un facteur important de paix sociale. Il évite une guerre éternelle entre les individus et par là il empêche la justice privée, toujours exécrationnelle. Nous ne sommes pas entièrement de cet avis. Commettre une faute, causer un dommage à autrui et tomber ainsi sous le coup de l'article 1382 n'a rien à faire avec la justice privée ni avec l'ordre public du texte; c'est une simple condition d'application d'une loi. La faute est commise, le dommage causé, voilà les deux conditions d'application du texte. Ce qu'il faut dire, c'est que son caractère d'ordre public produit un effet salulaire sur la bonne foi des contractants.

14. Voir *supra*, p. 28.

15. Dans ce sens : Civ., 12 mai 1930, D. H. 1930, 345.

16. Voir Colin et Capitant, *Cours*, t. II, p. 78.

L'inexécution d'une obligation contractuelle par l'un d'eux, imputable à la faute de celui qui n'exécute pas, devrait l'exposer malgré toute convention contraire à l'entière responsabilité, si l'autre partie réussit à prouver la faute, dans l'hypothèse, bien entendu, que l'on considère l'article 1382 comme d'ordre public. Ainsi, la chose est assez curieuse, la clause réservée d'ordre public de l'article 1382 produit son effet principal dans le domaine des contrats, c'est-à-dire dans une matière pour laquelle ce texte n'était pas exactement destiné. Il est possible d'imaginer des conventions qui n'auraient pour seul but que d'affirmer d'avance la non-responsabilité de l'un des contractants ou des deux, pour des faits dommageables qu'ils se causent mutuellement sur leurs personnes ou leurs patrimoines. Ce serait concevable par exemple entre propriétaires fonciers voisins; mais l'espèce doit être extrêmement rare et ce n'est pas pour ces hypothèses exceptionnelles qu'il était nécessaire de proclamer d'ordre public ce texte. Dans la très grande majorité des cas au contraire, ce sont des personnes entièrement étrangères les unes aux autres qui se rencontrent sur le terrain de l'article 1382, et, de ce fait, il était matériellement impossible qu'une manifestation de volonté individuelle intervint au préalable pour écarter l'application de cette disposition. L'ordre public n'y est donc pour rien, puisque cette notion est justement destinée à paralyser la volonté individuelle; son intervention ici est inutile, le texte se trouvant dans ces cas automatiquement appliqué. C'est le fait seul de la présence de l'article 1382 qui évite la justice privée et qui contribue à faire régner l'équité dans la Société et non pas son caractère d'ordre public. La guerre perpétuelle que se feraient soi-disant les individus et dont parlent MM. Colin et Capitant est une question étrangère au problème de l'ordre public; la paix sociale de ce côté est entièrement garantie par le seul contenu de la disposition.

Au contraire, c'est en matière contractuelle que l'ordre public de l'article 1382 affirme toute sa valeur. C'est dans ce domaine que les particuliers, en rapports mutuels préalablement à la consommation de la faute et du préjudice, pourraient céder à la tendance d'insérer, dans les contrats,

des clauses d'exonération en cas d'inexécution de l'obligation pour quelque raison que ce soit. Il convient d'ailleurs de ne pas confondre ce sujet avec la condition purement potestative, qui empêche même l'obligation de naître, comme le décide l'article 1174.

Pour peu que l'une des parties se trouve, au moment de la conclusion du contrat, dans une situation économique inférieure, elle n'hésitera pas à accepter cette clause, comptant, malgré tout, sur la bonne foi de l'autre. Sur le seul terrain des contrats ces clauses sont d'ailleurs pleinement valables, en vertu de l'article 1134 et du principe fondamental que ce qui n'est pas défendu est permis, puisqu'il fallait des lois spéciales pour les interdire dans certaines matières¹⁷; elles ne sont pas seulement valables, mais *elles ôtent au créancier toute action contractuelle* qu'il pourrait intenter au débiteur en vue d'obtenir l'exécution de l'obligation ou des dommages et intérêts. Cependant, tout espoir n'est pas perdu pour lui, car il a encore à sa disposition l'action délictuelle de l'article 1382. S'il arrive à prouver que l'inexécution provient de la faute du débiteur, il obtiendra, malgré toute clause contraire, l'exécution par équivalent, c'est-à-dire des dommages et intérêts. En effet, la disposition de l'article 1382 étant d'ordre public, aucune convention ne serait valable qui serait contraire à ce texte. Ainsi, c'est en grande partie grâce au caractère impératif de cette règle, qu'en matière contractuelle la bonne foi joue un rôle infiniment plus important que la mauvaise foi.

L'analyse que nous venons de faire de ce cas d'ordre public nous a permis d'en préciser quelque peu la portée. D'accord avec la doctrine, nous étions partis sur de grands mots. Il était même question de guerre et de paix entre les citoyens et nous nous apercevons finalement que sa fonction de loin la plus rationnelle était de jouer le rôle de tuteur de la bonne foi des contractants. Quoique considérable, il est plus subtil ici que sur le terrain purement délictuel, où, nous l'avons vu, il n'a que rarement l'occa-

17. Loi du 17 mars 1905, incorporée à l'art. 103 al. 2 du C. com. en matière de transports terrestres et la loi du 31 mai 1924 en matière de navigation aérienne.

sion d'intervenir. Mais lorsqu'il intervient, il n'a qu'une seule et unique fonction, à savoir d'empêcher les individus de se libérer d'avance des conséquences de leur faute. Cette mission remplie, l'ordre public de notre article aura fait son entier devoir et sa présence n'aura plus de raison d'être. Cet objectif atteint, les contractants, la victime et l'auteur du dommage, reprennent leur pleine liberté : ils pourront transiger, fixer eux-mêmes la somme des dommages-intérêts ou laisser aux soins du juge d'en apprécier le montant s'ils ne peuvent s'accorder à l'amiable; mais l'ordre public n'y reparaitra plus, tout au moins si un arrangement à l'amiable a été effectué; l'ordre public sauvegarde seulement le recours à la justice. On aura remarqué que la validité de la *clause pénale*, c'est-à-dire de la clause « par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution » (article 1226), se rattache au même ordre d'idées. Cette clause ne devrait être valable que dans la mesure où elle se tient dans la limite de la bonne foi des contractants. Ne serait-ce pas un véritable guet-apens, tendu par l'une des parties, que d'imposer à l'autre une clause pénale dont l'objet serait trop important ou trop dérisoire, selon qu'elle aurait en vue l'inexécution de l'obligation par le cocontractant ou par elle-même, par rapport à l'objet du contrat. Ce procédé ne permet-il pas que le plus faible ne devienne la victime facile de la mauvaise foi du plus fort? L'examen du motif de l'ordre public de l'article 1382 permet de voir de plus près les errements d'une jurisprudence condamnable à notre avis. Sous prétexte des articles 1134 et 1152 du Code civil, le premier proclamant le principe de la liberté en matière contractuelle et le deuxième affirmant, en parlant de la somme stipulée dans la clause pénale, qu'il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre », cette jurisprudence maintient, en quelques circonstances que ce soit, le caractère forfaitaire de cette clause. En conséquence, elle ne diminue ni n'augmente jamais l'objet de la clause pénale, lorsque celle-ci joue, c'est-à-dire en cas d'inexécution du contrat par l'une des parties. Les cas pratiques les plus connus en la matière sont les règlements d'ateliers

et la clause pénale en matière de transport pour perte de la marchandise.

En ce qui concerne les règlements d'ateliers, ils contiennent souvent une clause pénale, c'est-à-dire la fixation d'une somme, que l'ouvrier aurait à payer s'il commettait, au cours de son travail, telle faute déterminée. Or, cette indemnité est parfois hors de proportion non seulement avec le salaire du travailleur, mais aussi avec la gravité de la faute et en particulier du préjudice causé.

Quant au contrat de transport, le transporteur impose à l'expéditeur une clause pénale généralement désavantageuse pour ce dernier, par laquelle il fixe d'avance et forfaitairement l'indemnité qu'il aurait à verser, si, par sa faute, la marchandise venait à périr. Les tribunaux, sans exception, déclarent qu'ils se trouvent liés par l'article 1152 précité et qu'ils ne peuvent, en aucun cas, modifier cette clause pénale, même s'ils voulaient ne pas approuver le contenu, trouvant, par exemple, l'indemnité trop exagérée ou trop dérisoire. Notons cependant que le juge n'est plus lié au caractère forfaitaire de la clause pénale, c'est-à-dire qu'il peut en modifier la somme stipulée à titre de peine lorsque l'obligation a déjà été exécutée en partie (art. 1231). L'exécution partielle de l'obligation réduit ainsi le dommage et le juge peut alors tenir compte des circonstances de fait¹⁸.

Ce tempérament, cependant, n'infirmes en rien la jurisprudence, qui, dans la très grande majorité des cas, ne croit pas pouvoir s'affranchir de la lettre de l'article 1152, sauf en matière d'honoraires du mandataire : ici, en effet, la Cour de cassation s'arroge le droit d'en réviser la quotité ; mais il ne s'agit plus, à proprement parler, de la clause pénale.

Or, Ponce Pilate qui, cependant, possédait tout le pouvoir, ne s'en serait pas mieux lavé les mains que ne le fait cette jurisprudence, qui, elle aussi, aurait le pouvoir de remédier à cet état de choses en s'appuyant seulement sur l'ordre public de l'article 1382. C'est très bien d'insérer une clause pénale dans un contrat et elle remplit parfai-

18. Paris, 25 juin 1927, *Gaz. Pal.*, 1927.2.450.

tement son rôle utile qui est d'éviter la multiplication des procès, à condition toutefois de ne pas contrevenir à un autre principe, bien plus fort puisqu'il est d'ordre public, à savoir la bonne foi contractuelle. Il faudrait par conséquent, pour qu'elle soit pleinement valable, qu'elle ait véritablement un caractère indemnitaire, que la somme stipulée dans la clause pénale, soit sensiblement proportionnelle à la valeur de l'objet du contrat, du dommage causé. Nous ne contestons nullement le caractère licite de la clause pénale, aussi fantaisistes que puissent être les indemnités stipulées, comme nous n'avons pas contesté la licéité des clauses d'exonération. Cette dernière clause, nous le savons, n'a pas un effet absolu; elle est inopérante si l'inexécution provient de la faute du débiteur et si le créancier réussit à la prouver : du terrain contractuel, on glisse sur le terrain délictuel. L'ordre public de l'article 1382 empêche les particuliers d'écarter cette disposition. En matière de clause d'exonération, la jurisprudence s'est délibérément prononcée dans ce sens.

Pourquoi, par conséquent, n'adopte-t-elle pas la même thèse pour la clause pénale et pourquoi prétend-elle n'avoir aucun pouvoir pour apprécier, en aucune circonstance, le montant de cette indemnité forfaitaire, de cette « amende » des règlements d'atelier¹⁹? Il est vrai que les tribunaux se retranchent derrière le mythe de la liberté des conventions (article 1134) et en particulier derrière l'article 1152, dont les termes sont effectivement très catégoriques. Nous répétons qu'il est loin de notre pensée de mettre en doute le bon droit des particuliers d'insérer, dans leurs contrats, des clauses pénales comme bon leur semble ni la validité de ces clauses. Seulement leur valeur ne s'affirme qu'en matière contractuelle; c'est sur ce seul terrain que doit s'appliquer la fermeté de l'article 1152; à côté de cette liberté de la volonté particulière, de principe en matière de contrats, se dresse le texte inéludable de l'article 1382 et c'est cet instrument qui devrait permettre

19. Voir notamment pour les règlements d'ateliers : Civ., 14 fév. 1866, D. P. 66.1.85; S. 66.1.194 et Civ., 12 mars 1918, D. P. 18.1.39. — Pour les contrats de transports, voici un exemple entre bien d'autres : 12 décembre 1911, D. P. 1913.1.104.

au juge d'apprécier souverainement et selon ses préceptes d'équité le contenu des clauses pénales.

Portée exacte du caractère d'ordre public de l'article 1382 en matière de clause pénale. Critique de la Jurisprudence. — Raisonons d'abord sur la compagnie de transport qui impose à l'expéditeur, moyennant une clause pénale, insérée d'avance dans le contrat de transport, une indemnité forfaitaire pour le cas de perte de la marchandise par la faute du transporteur et supposons en même temps que l'indemnité convenue soit sensiblement inférieure à la valeur réelle des objets transportés. Il est entendu que contractuellement la compagnie ne s'engage pas à une indemnité plus forte que celle stipulée dans le contrat de transport. Mais ici non plus, l'accord de volonté des deux parties n'aura pu écarter la responsabilité délictuelle et l'expéditeur qui prouvera la faute du transporteur aura déplacé le litige sur le terrain des « engagements sans convention » comme s'exprime le titre quatrième, livre III du Code civil, c'est-à-dire de l'article 1382, avec toutes les conséquences qu'il comporte. C'est au juge alors de dire, en tenant compte de tous les faits matériels, comme d'éventuels tarifs préférentiels accordés à l'expéditeur, de la nature de la marchandise, etc., si l'objet de la clause pénale correspond approximativement au préjudice causé et si les parties ont bien voulu faire une estimation véridique de la valeur que représentaient les objets. Dans l'affirmative il se tiendra à la lettre de la clause pénale, sinon il passera outre en vertu du caractère d'ordre public de notre texte. Bien entendu ce principe affirmé, les contractants pourront de nouveau librement discuter du montant de l'indemnité et, s'ils désirent éviter un procès, s'accorder par exemple purement et simplement sur le contenu du contrat; mais il y a une interruption de leur volonté : pour commencer ils choisissent librement leur route (articles 1134 et 1152). Au moment où l'un d'eux commet une faute, qui entrave ou rend même impossible l'exécution de l'obligation, ou bien l'autre se contentera de la simple clause pénale du contrat ou alors il placera le litige sur le terrain de la responsabilité délictuelle et dans ce cas l'article 1382 réclamera la connaissance exclusive de tous

les faits. C'est sur ce seul principe que, dans cette deuxième hypothèse, le tribunal devrait apprécier la faute et le préjudice. Libre aux parties de s'accorder de nouveau sur les modalités du règlement et psychologiquement il y a une différence énorme à discuter avant que le préjudice ne soit causé ou après. Voilà bien la raison pour laquelle l'article 1382 est d'ordre public et il est regrettable que la jurisprudence, en la matière, ne se rende pas suffisamment compte de la portée exacte de cette notion.

Il en est de même pour certains *règlements d'atelier* qui stipulent des « amendes » à la charge des ouvriers; c'est une clause pénale comportant l'évaluation forfaitaire du préjudice subi par le patron à la suite de certaines fautes commises par les ouvriers. On a vu des arrêts approuver le caractère forfaitaire de ces amendes en même temps qu'ils en ont critiqué le montant, déclarant que l'indemnité était trop élevée et hors de proportion avec le salaire de l'ouvrier, qu'elle était, en plus, peu en rapport avec le préjudice causé. La doctrine, généralement, se confond dans les mêmes regrets²⁰. Il nous semblait cependant qu'il était de l'essence même de l'ordre public de l'article 1382 de ne point laisser à l'appréciation des individus le lien de causalité entre la faute et le préjudice et la quotité de ce dernier. Or, faire d'avance une évaluation d'un préjudice éventuel, conséquence d'une faute également éventuelle constitue un prolongement de la volonté particulière sur le domaine de notre texte, prolongement qui est en contradiction flagrante avec son caractère d'ordre public. Traversant de la sorte la disposition de la responsabilité délictuelle, la volonté individuelle devrait alors être paralysée par la volonté législative plus forte. Admettre, dans notre cas, l'entière validité de la clause pénale, c'est écarter la nature d'ordre public de cet article, à condition, bien entendu, que le litige ait été placé sur son terrain. Le problème nous semble d'une importance telle, que nous ne craignons pas de suivre de nouveau le développement de la situation juridique : depuis que le consen-

20. Capitant et Cuhe, *Précis de législ. industr.* éd. 1930, n° 157; Colin et Capitant, *Cours*, t. II, p. 100, n° 108.

tement mutuel a créé le contrat de travail, qui contient accessoirement notre clause pénale, la volonté individuelle se développe librement jusqu'au moment où la faute prévue est commise par l'ouvrier. Le patron lui réclamera l'amende et l'ouvrier aura la possibilité de contester la quotité du préjudice (article 1382). D'après la jurisprudence de la Cour de cassation, le juge n'aurait qu'un seul droit, celui d'apprécier la concordance des faits matériels avec le contenu de la clause. Cela revient à dire que son rôle consiste uniquement à constater si l'ouvrier a effectivement commis ou non cette faute; il ne pourra établir le lien de causalité, en se basant sur le principe de la responsabilité délictuelle, entre la faute et le préjudice. Même si ce préjudice est inexistant, l'amende devra quand même être payée, même si la faute constitue un risque professionnel, rien n'y fait : la constatation matérielle de cette faute suffit à déclencher la clause pénale et d'un bout à l'autre de la situation, la volonté individuelle se déroule sans rencontrer aucun obstacle. Singulière conception de l'ordre public de ce texte. C'est une méconnaissance absolue de la portée du caractère impératif de cette disposition qui exige que, lorsqu'un préjudice est causé, consécutif à une faute, cette situation soit exclusivement réglée par l'article 1382 si les parties veulent y recourir et alors toute volonté individuelle doit être écartée. Ou l'on juge que le bon ordre de la Société risque d'être troublé si les particuliers peuvent passer outre aux règles concernant la responsabilité délictuelle et on fait jouer la clause réservée d'ordre public pour les leur imposer malgré eux. Dans ce cas, partout où il y a faute et préjudice, c'est la disposition d'ordre public de l'article 1382 et elle seule qui connaîtra les faits et non pas, comme il est de jurisprudence, parfois le texte et parfois la volonté individuelle selon que les parties ont rédigé ou non une clause pénale. Ici encore, la clause aura pour seul effet de renverser les preuves. Sur le terrain délictuel, celles-ci n'incombent plus au patron, mais à l'ouvrier; à ce dernier de démontrer qu'il n'a pas commis de faute ou que le dommage n'est pas en rapport avec l'amende.

Si le caractère impératif de l'article 1382 n'est pas indis-

pensable à la bonne marche de l'organisation sociale, la volonté individuelle doit rester libre et on ne devra pas frapper de « nullité d'ordre public la convention par laquelle on se décharge de la responsabilité de sa propre faute²¹ ».

Il est d'ailleurs à noter, et ceci est une constatation remarquable qui vérifie pleinement l'opinion que nous représentons, que *la jurisprudence belge déclare que l'article 1382 du Code civil belge n'est pas d'ordre public* et cela veut simplement dire que la liberté contractuelle a un sens plus large en Belgique qu'en France, l'ordre public du principe de la responsabilité délictuelle ne jouant pratiquement qu'en matière contractuelle. La paix sociale d'ailleurs, n'est pas, pour cela, plus troublée en Belgique que chez nous²².

Si notre jurisprudence est d'un avis contraire, cela est très bien, mais il faut, dans ce cas, qu'elle tire *toutes les conséquences* de l'ordre public qu'elle attribue à la règle. On ne saurait rétorquer, pour appuyer la thèse de la jurisprudence que la faute contractuelle n'est pas la même chose que la faute délictuelle et qu'il convient de les distinguer soigneusement. Remarquons que nous sommes entièrement d'accord avec cet autre arrêt qui dit que l'article 1382 « ne s'applique qu'en matière de délits ou de quasi-délits; elle (la règle de ce texte) ne concerne pas les fautes qui peuvent être commises dans l'exécution d'une convention²³ ». A cela on peut répondre qu'une faute contractuelle présente toujours deux faces; s'il y a inexécution d'une obligation par l'un des contractants, c'est le côté contractuel de la faute, à condition bien entendu que l'inexécution provienne de la faute du débiteur. Mais en même temps elle constitue un délit dans le sens de l'article 1382. Or, il est impossible que l'on puisse changer la nature d'un délit en le transformant en faute contractuelle et ouvrir de la sorte la voie à la non-responsabilité. La seule liberté qu'aient les particuliers c'est de pouvoir renverser le jeu des preuves.

21. Arrêt précité, Montpellier, 5 déc. 1892, D. P. 942.451.

22. Arrêt de la Cour cass. belge du 21 févr. 1907: Pasirisie, 1907, I, p. 135.

23. Req., 21 janvier 1890, D. P. 91.1.389.

Le système de la jurisprudence conduit d'ailleurs à des résultats tellement contradictoires qu'il se condamne lui-même. L'hypothèse suivante nous le démontrera facilement. Voilà une compagnie de transports maritimes qui, en premier lieu, traite avec un expéditeur particulier et lui impose une clause d'exonération complète en cas de perte de la marchandise. En second lieu elle conclut un contrat de transport avec une société commerciale à qui elle ne réussit qu'à imposer une clause pénale désavantageuse pour le même fait prévu. Si les marchandises des deux expéditeurs viennent à périr par la faute du transporteur, l'expéditeur à qui la compagnie était parvenue à faire accepter la clause d'exonération totale, pourra se rejeter sur la responsabilité délictuelle du transporteur (la jurisprudence est très affirmative dans ce sens), tandis que le bénéficiaire de la clause pénale devra se contenter de l'indemnité prévue par cette clause. Dans les deux cas il s'agit de contractants et cependant le même événement provoquera dans la première hypothèse la responsabilité délictuelle et dans la seconde la responsabilité contractuelle. Cela est contradictoire et démontre combien cette jurisprudence de la clause pénale aurait besoin d'être réformée et c'est en se basant sur la théorie de l'ordre public qu'elle pourra l'être.

Cette façon d'interpréter l'influence de la nature d'ordre public de l'article 1382 en matière contractuelle aura des répercussions considérables jusque dans le domaine du droit international privé où elle viendra démolir en partie la fameuse théorie de Dumoulin sur l'autonomie de la volonté, comme en droit interne elle contribue à limiter le principe de la liberté des conventions de l'article 1134. En effet, le juge français ne connaîtra qu'une seule qualification de la bonne foi des contractants, à savoir la sienne, peu importe la législation sous laquelle les parties auraient voulu placer leur convention.

Cette analyse, assez détaillée, d'un cas d'ordre public parmi les plus fameux, nous a permis d'apercevoir la portée de cette notion et la possibilité de ses répercussions en droit privé. En dehors des cas que nous avons cités,

l'ordre public ne joue pas un rôle considérable dans le domaine des obligations, la liberté individuelle étant ici de principe. En plus, il ne faut pas oublier que bien des contrats qui sont contraires à l'ordre public et dénués ainsi d'effets, ne sont pas nuls en tant que contrats, mais parce que leur objet était en contradiction avec une disposition impérative qui ne relève pas du domaine des obligations, mais des droits réels par exemple ou de la condition des personnes. C'est bien cela qu'exprime l'article 1133 dont le premier alinéa est ainsi conçu : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi ».

Conclusion sur l'ordre public en droit interne

Dans le cours de cette étude, nous avons insisté sur le fait que l'ordre n'est pas, à proprement parler, une notion de droit, mais une conception politique, engendrée par la nécessité sociale ; ce n'est pas une logique juridique, mais un raisonnement instinctif, si l'on peut dire, qui nous en révèle les causes.

On aura noté, en même temps, que nous avons mené de front l'analyse des trois éléments de l'ordre public : *son motif, sa manifestation, ses effets*. Ces éléments nous semblent trop intimement liés les uns aux autres pour qu'on puisse en séparer l'étude, dans un but hypothétique de clarté, en des chapitres différents. Ce qui importe le plus en la matière est, à notre avis, la définition du motif, la cause de l'ordre public, c'est-à-dire l'idée qui donne une forme précise à cette exigence. C'est elle qui provoque la manifestation de l'ordre public et lorsqu'on veut connaître la profondeur de cette manifestation, ses effets, c'est encore au motif qu'il faut recourir pour le savoir ; c'est lui qui contient les limites de la *lex publica* s'opposant à la *lex privata*. Nous avons vu qu'il ne suffisait pas de dire qu'en droit interne le rôle de l'ordre public consistait simplement à renforcer la loi normalement compétente. Le problème de l'ordre public réside justement dans cette question préjudicielle : quelle est la loi compétente, quelle volonté doit l'emporter, la volonté législative ou la vo-

lonté individuelle? Les multiples exemples qui précèdent nous démontrent, qu'en droit interne, le problème de l'ordre public se réduit en réalité à cette question de démarcation des domaines respectifs de la volonté législative et de la volonté individuelle.

Nous avons particulièrement insisté sur cette conclusion que, pour faire la part exacte de ces deux volontés, il était impossible d'établir autre chose que de simples tendances; de règle précise il n'en est point. Entre autres cela tient aussi au fait que la frontière entre ces deux domaines oscille perpétuellement en raison des mouvements politiques de la Société, comme si une frontière était marquée sur l'eau par une corde de liège : le moindre vent la déplace. Ce qu'il faut dire c'est que *l'ordre public se suffit comme règle*.

Cet aperçu sommaire de l'ordre public en droit interne nous semblait indispensable pour aborder l'étude du problème en droit international privé. Si on connaît la portée exacte de cette notion en droit interne, la question se trouve aux trois quarts résolue lorsqu'elle se pose en droit international privé²⁴.

En effet, il ne peut être question de l'ordre public dans les conflits de lois, si, au préalable, on ne l'a déjà rencontré en droit interne. Ainsi l'ordre public en droit international privé n'est qu'un autre aspect du même problème. C'est cependant avec le premier qu'il convient de se familiariser d'abord parce que c'est du rôle de l'ordre public en droit interne que l'on doit conclure directement à celui qu'il tient en droit international. Ce deuxième aspect ne diffère d'ailleurs pas profondément du premier comme on a l'habitude de le croire; c'est une simple nuance : *lex publica* contre *lex privata*, voilà le problème de droit interne; *lex publica* nationale contre loi étrangère, voilà celui de droit international. Des deux éléments, le premier reste stable, c'est-à-dire ce que nous avons appelé jusqu'à présent la volonté législative et le deuxième

24. Il n'en est pourtant pas ainsi lorsqu'il s'agit de l'ordre public spécial aux étrangers; nous verrons plus loin que cet ordre public joue un rôle assez restreint et ne se justifie que sur le terrain du droit public et difficilement dans le domaine du droit privé. Voir *infra*, p. 141.

change à peine. C'est encore, en quelque sorte, la volonté individuelle qui cherchera à primer la volonté législative, tout au moins une autre volonté que la volonté législative, la loi étrangère. Le pourra-t-elle? Dès maintenant on pressent la fragilité de l'idée de l'application de la loi nationale du fait de la présence, dans la législation interne, de règles impératives qui exigent souvent une compétence absolue. C'est en vertu d'un simple développement logique que nous venons de dire que, sur le terrain international, le premier élément, la *lex publica*, restait stable; ceci devrait tomber sous le bon sens. Mais il n'en est malheureusement rien. Une idée s'est introduite en droit international privé depuis le début du siècle dernier, qui ne devrait relever que du seul droit des gens sur le terrain international et du droit public en droit interne, mais qui devrait être bannie du droit privé : la *nationalité*. En matière de condition des personnes (et peut-être même ailleurs) on doit appliquer la loi nationale aux individus; ici, la *lex publica* se trouve donc être écartée; on n'a pas, jusqu'à présent, trouvé une justification rationnelle à cette proposition. Par contre, elle a contribué à jeter une relativité décourageante dans le commerce juridique international. Les développements qui vont suivre dans notre deuxième partie le démontreront.

DEUXIÈME PARTIE

L'ordre public en droit international privé

LIVRE PREMIER

DISCUSSIONS DOCTRINALES ET HISTORIQUES. CARACTERES GENERAUX DE L'ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE.

CHAPITRE PREMIER

SYSTEME THEORIQUE DE SOLUTION DES CONFLITS DE LOIS ET ORDRE PUBLIC.

I. *Idées générales et erreur initiale de la doctrine franco-italienne.* — Il est étonnant que le rôle que joue l'ordre public en droit interne, ainsi que nous venons de le dégager, ait été, de tout temps, négligé par les juristes qui se sont efforcés de résoudre le problème en droit international privé. C'est, en quelque sorte, comme si on voulait faire du droit international, en négligeant plus ou moins les différentes législations internes. Et cependant, ici et là, c'est toujours la législation interne qui contient la clef des solutions que l'on doit trouver aux problèmes qui se posent sur le plan international. A ce sujet, l'Ecole franco-italienne de

Mancini et de ses successeurs, du fait qu'elle affirme des principes trop absolus de solution des conflits de lois, a exercé une singulière hypnose sur la doctrine moderne. Ce phénomène est d'autant plus curieux que l'idée première, celle qui sert de base même à cette école, repose sur une vue erronée des faits, sur une logique juridique à rebours. Au lieu de partir de l'intérieur d'une législation, après s'être imprégné de son esprit et de ses principes, pour aboutir de la sorte aux problèmes du droit international, l'Ecole franco-italienne a fait le contraire; c'est avec des solutions des conflits de lois toutes faites, on voudrait presque dire avec des idées préconçues, qu'elle est arrivée dans la science juridique. Elle défendait, en effet, un système de droit international tout *a priori* où le droit interne des divers pays était relégué au second plan; de l'extérieur elle a voulu faire pénétrer son système à l'intérieur des législations nationales.

Partant des principes de la Révolution française, concrétisés dans le Code civil de 1804 et particulièrement du principe de la Nationalité, affirmé pour la première fois avec netteté dans ce Code, l'Ecole franco-italienne a fait de la Nationalité la base même de sa théorie des conflits de lois. Il est à remarquer que l'influence des événements politiques de l'époque n'est pas étrangère à la doctrine Mancinienne. L'unification de la Péninsule a véritablement créé le citoyen italien et il convenait d'affirmer par tous les moyens cette nouvelle conquête qu'était alors la Nationalité italienne. En plus, il ne faut pas oublier que Mancini, en même temps qu'il était un juriste réputé, fut également un célèbre homme d'Etat. Un certain sur-saut de fierté nationale n'est donc pas sans avoir quelques corrélations avec cette consécration d'emblée, sur le terrain de la théorie tout au moins, du principe que la loi nationale doit suivre chacun à l'étranger¹. Ce principe, évidemment, était trop absolu et il fallait trouver le contre-poids, c'est-à-dire le moyen d'appliquer la loi territoriale. Ce moyen était l'ordre public. Mais qu'est-ce que l'ordre public d'après ces théories? C'est à partir de ce moment

1. Voir Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, t. I, p. 5.

que la doctrine se perd dans le vague et dans l'incertitude. Mancini, le premier, n'a pas échappé à cette imprécision; tout est flottant. On s'égare immédiatement, sinon irrémédiablement dans de trop vastes généralités. Pour l'auteur que nous venons de citer, l'ordre public englobe, en dehors des lois constitutionnelles, destinées à sauvegarder les institutions politiques, également « le respect des principes supérieurs de la morale humaine et sociale..., les bonnes mœurs, les droits primitifs inhérents à la nature humaine² ». Il va sans dire qu'il n'est pas possible d'établir des règles précises avec un fondement aussi vague.

En partant du principe de la nationalité et de l'application de la loi nationale de l'individu partout où ce dernier se trouve, principe qui a comme halluciné toute la doctrine, le rôle de l'ordre public a envahi tout le droit international privé. C'était d'ailleurs inévitable; en n'offrant au juge qu'un seul recours possible contre l'application de la loi étrangère dans son for, l'ordre public, au moins dans le domaine de la condition des personnes, il en usera partout où le besoin s'en fera sentir, c'est-à-dire dans toutes les branches de la vie juridique. Cette constatation a inspiré à un auteur allemand cette figure poétique : « Le Pégase de l'idée de nationalité s'est envolé dans le ciel et le cheval de trait de l'Ordino Publico resta dans l'attelage; c'est avec lui seul qu'on a labouré³ ».

A la base de cette affirmation de la nationalité en matière de conflits des lois⁴, élevée en doctrine par Mancini et ses successeurs, se trouve une erreur initiale; d'abord, nous verrons cela plus loin, il est parfaitement légitime de se demander pourquoi choisir la loi nationale? Mais nous ne discutons pas en ce moment ce choix et nous en acceptons toutes les prémisses. Sans doute la nationalité joue effectivement un rôle important dans la solution des conflits; mais ce rôle est plutôt secondaire dans ce sens

2. *Clunet*, 1894, p. 298.

3. Kahn, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, publié par Lenel et Lewald (1928), t. I, p. 195.

4. Cette théorie sans doute, n'est pas aussi absolue que la critique que nous lui adressons pourrait le faire croire; mais il ne faut pas oublier que nous raisonnons uniquement sur le droit privé, laissant en dehors de notre étude le droit public; or, la principale pensée de cette école, dans ce domaine, est bien la règle de l'application de la loi nationale.

qu'il indique seulement, loin s'en faut qu'il en soit toujours ainsi, laquelle des lois étrangères est applicable, à supposer qu'on se trouve dans le domaine de la personnalité du droit. Du moment que le juge admet le principe de l'incompétence de la *lex fori*, peu importe la provenance de cette loi étrangère. Mais l'erreur, grave de conséquences, consistait à dire que c'est la loi nationale de l'individu, la loi d'origine qui va s'appliquer *a priori* au lieu de s'exprimer de la façon inverse en disant que la loi nationale ne s'appliquera qu'à condition qu'aucune loi du juge ne soit compétente. On examinera d'abord, par conséquent, la loi du juge avant d'émettre la prétention d'appliquer la loi nationale en vertu du principe de la nationalité. Toute l'histoire de l'ordre public eût été sans doute différente de la réalité actuelle et aurait prêté à bien moins de constatations décevantes si, dès le début, on avait commencé par procéder de la sorte. Le concept de la nationalité, tel que l'a compris l'Ecole franco-italienne, a attiré tout le droit international privé dans l'obscur impasse de l'ordre public. Partout ses théories se sont heurtées à la question préjudicielle de cette « notion sournoise » et malgré l'effort considérable des auteurs pour arriver à la solution du problème, il ne leur a pas été possible de l'avancer de beaucoup. Ce qui caractérise cet effort, c'est que, en général, il s'est cantonné sur le seul terrain international. C'est en droit international privé, pensait-on, dans les conflits de lois que l'ordre public vient s'insinuer et c'est encore dans ce domaine qu'il faut aller chercher son explication, sa solution. L'ordre public en droit interne, toujours d'après cette doctrine, est une chose à part, bien moins important qu'en droit international et que la science du droit civil, autrement plus vieille que celle du droit international, a résolu depuis longtemps. La législation interne formerait cet ensemble harmonieux, toutes les dispositions émanant du même législateur, inspirées par le seul souci du bien-être et de la prospérité nationale⁵. L'ordre public n'y joue-

5. Cette affirmation procède du même ordre d'idées que cette règle que l'ordre public en droit interne n'aurait pour but que de renforcer la loi normalement compétente. Il convient de se rapporter à la première partie de notre étude. Voir *supra*, p. 24.

rait pas ce rôle considérable qu'il a en droit international privé, puisque, en fin de compte, il n'indiquerait que la loi nationale applicable à une situation de préférence à une autre loi nationale, et si, par malheur, ce choix était erroné, la portée de cette erreur serait minime : ce serait toujours une loi nationale qu'on aurait appliquée faite par le même législateur. On pouvait donc négliger le rôle de l'ordre public en droit interne et on s'obstina à le séparer de celui qu'on rencontre en droit international.

2. *Prééminence de la loi du Juge.* C'est ainsi qu'on a perdu le contact avec la législation interne, l'unique élément qui aurait pu fournir une donnée réelle dans la recherche d'une solution possible. La doctrine sentait immédiatement que le principe de l'application de la loi nationale à l'individu était une proposition trop absolue, tenue en échec dans la réalité par l'ordre public. Il fallait à tout prix connaître la portée exacte de celui-ci. Rien d'étonnant, en conséquence, que, devant l'instabilité et le caractère énigmatique de cette notion, de multiples théories de l'ordre public surgirent, théories qui, en quelque sorte, étaient composées à l'usage de la loi nationale. Cependant remarquons, une fois de plus, que ce n'est pas en se fondant sur les législations internes qu'elles furent élaborées mais dans l'abstrait, dans l'*a priori*. D'un côté, on affirmait la compétence de la loi nationale et de l'autre côté on échafaudait la théorie de l'ordre public, déterminant les exceptions de cette compétence, car il était entendu que la loi nationale aurait à s'appliquer en principe et ne se trouverait écartée que par exception. Ces exceptions, on tâchait de les diviser, de les classer, de les définir d'avance mais l'échec de cette tentative est manifeste. Une seule chose devait compter : c'était la législation de la *lex fori*. Ce Code de l'ordre public, œuvre purement scolastique, ne servait à rien ; malgré toutes les théories subtiles, la loi nationale fut maltraitée, écartée, raillée, dès qu'elle quittait son sol natal et tout le système *a priori* des solutions de conflits de l'Ecole franco-italienne est tombé, on ne peut mieux, sur cette

pierre d'achoppement qu'est l'ordre public. Mais aussi peut-on formuler cette observation que, si un navigateur veut éviter de jeter son bateau sur des récifs, il faut qu'il étudie d'abord minutieusement les cartes marines; aucune théorie n'y supplée. Partout la loi nationale se heurtait ainsi à l'ordre public de la loi du juge et du beau principe il ne restait que des débris.

Si plus tard on a fini par s'écarter de ce principe de l'application de la loi nationale des premiers auteurs de l'École franco-italienne, les doctrines que ne cesse de susciter la notion de l'ordre public, restent, cependant, presque toujours sous l'influence des Italiens. Constatons ici, en passant, que cette théorie moderne de la personnalité du droit est généralement considérée comme une conception très libérale du droit international privé; à notre avis, cette exigence de la puissance de la loi nationale dans l'espace la caractérise au contraire comme l'expression doctrinale peut-être la plus nationaliste de toutes les théories de solution des conflits. Dans l'étude de ce problème, on continue donc à négliger plus ou moins la conception de l'ordre public en droit interne pour ne chercher la solution qu'en droit international. L'analyse critique des principales doctrines nous confirmera bientôt ce point. On avait perdu de vue qu'en droit interne l'ordre public s'attachait à certains principes contre lesquels la volonté individuelle ni aucune volonté quelconque ne peut rien. Toute l'attention des juristes internationalistes n'a été attirée que sur son rôle dans les conflits de lois.

3. *Le système de solution des conflits et l'ordre public.* — Voilà qu'une puissante doctrine avait élaboré consciencieusement des solutions de conflits. Bien mieux, par un argument *a contrario*, la solution pour une catégorie considérable de lois pouvait s'appuyer sur un texte positif du Code civil français, à savoir l'article 3 et, en particulier, son troisième alinéa qui dispose que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Sans risque de se tromper on peut affirmer que le législateur qui a rédigé ce texte, a eu aussi et en même temps en vue la situation inverse,

c'est-à-dire la loi nationale applicable aux étrangers en matière de capacité et d'état⁶. En plus, le vieux principe de l'autonomie de la volonté qui, en droit interne, trouve son expression dans l'article 1134, devait indiquer la solution des conflits en matière des obligations. Cela constitue le côté « conflits des lois ». Mais que se passe-t-il ? Là où la doctrine, c'est-à-dire la théorie, concluait fermement à l'application de la loi étrangère, nous voyons l'ordre public s'y opposer ; au lieu de la loi étrangère, nous assistons simplement à l'application d'une règle de la législation interne. Toute la solution théorique du conflit est renversée en faveur de la loi territoriale.

La remarque suivante est de mise à cette place. Lorsque, en matière d'ordre public, les juristes du droit international privé emploient le terme « conflits des lois » il faut dire qu'alors cette expression ne correspond pas exactement à leur pensée et dans ce domaine, plus qu'ailleurs peut-être, il importe avant tout de préciser les termes. « Conflits » devraient supposer deux lois, l'une territoriale et l'autre étrangère qui se disputent une seule et unique situation juridique. Chacune a des arguments à faire valoir pour être préférée à l'autre. Cependant, dans l'esprit des auteurs, il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un *conflit*, mais de la *solution* d'un conflit. Dans la théorie, le terrain était préparé pour recevoir la loi étrangère ; tous les éléments étaient en faveur de cette dernière, où semblaient l'être, le doute n'était plus permis. Mais l'ordre public intervenant, la solution théorique doit céder à la réalité qui consiste dans l'application d'un principe de la législation interne, territoriale. C'est de cette façon qu'il convient généralement d'interpréter la doctrine lorsqu'elle dit que l'ordre public intervient dans les conflits de lois et ce qui a particulièrement frappé les esprits, c'est que cette intervention conduisait à une solution radicalement contraire à celle qui, *a priori*, devait s'imposer d'après la théorie

6. Voir Merlin, *Rép. jur.* mot *Loi*, vol. 10, § VI, n° 6, p. 232 : « du principe que les lois françaises concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger, il suit naturellement que, par réciprocité, les lois qui régissent l'état et la capacité des étrangers les suivent en France et que c'est d'après ces lois que les tribunaux français doivent juger s'ils ont ou n'ont pas tel état, s'ils sont capables ou incapables. »

des conflits. Il semblait y avoir là quelque chose d'exorbitant. Si la fonction de l'ordre public était parfaitement claire dans ses conséquences, fonction qui consistait à rendre compétente, à tort ou à raison, une règle territoriale, cette prétention contenait cependant un côté obscur puisque la doctrine avait conclu à la solution contraire. Voici un exemple de cet antagonisme :

L'obligation alimentaire entre proches parents, procède incontestablement de la condition des personnes et il ne semble y avoir de doute quant à la loi compétente. C'est la loi française qui s'appliquera aux Français, même résidant à l'étranger (art. 3) et aux étrangers en France on appliquera leur loi nationale (argument *a contrario* de l'art. 3). Si une législation étrangère ne connaît pas cette obligation alimentaire, établie par les articles 203 et suivants du Code civil français, il semble qu'un père étranger, ressortissant de cette législation, serait malvenu à demander à un juge français de lui accorder, en vertu de la loi française, un titre qui lui permettrait d'exiger de son fils des aliments. L'obligation alimentaire, dit la solution théorique des conflits de lois, rentrant dans la condition des personnes, dans le statut personnel, c'est la loi nationale du demandeur qu'il faut consulter. Or, cette dernière, ignorant l'obligation alimentaire entre père et fils, il ne reste au tribunal qu'à débouter le demandeur. Ceci est la solution théorique du conflit ; mais voilà que l'ordre public intervient pour renverser cette solution et faire appliquer la loi française. A bien réfléchir, le phénomène semble être effectivement très curieux, unique même, ce qui a permis de dire à un auteur célèbre : « Si les dispositions d'ordre public international dépendent exclusivement de la *lex fori*, c'est dire qu'elles ne ressemblent, sur le terrain des conflits de lois, à aucune autre catégorie de dispositions légales de fond ou de forme : elles sont véritablement seules de leur espèce⁷ ».

Ce conflit est même tellement particulier qu'on finit par se demander s'il s'agit bien en réalité d'un véritable conflit de lois.

7. Bartin, *Principes de droit international privé*, t. I, p. 252.

CHAPITRE II

REFUTATION DE LA METHODE A PRIORI.

1. *De nouveaux exemples.* — Les variations de l'exemple du divorce sont célèbres, choisissons-en un. Deux époux de nationalité allemande voulaient divorcer en France avant la loi de 1884 qui mit fin au régime de l'indissolubilité du mariage chez nous. La loi allemande au contraire admettait déjà la divorce à cette époque. Devant la prétention de ces deux Allemands, que fait-on en premier lieu ? D'après la doctrine classique on consulte le système de conflits qui indique que le divorce rentre dans le statut personnel et que ce statut personnel est lui-même régi par la loi d'origine, en l'occurrence par la loi allemande. On commence, en conséquence, par conclure à la recevabilité de la demande en divorce formulée par les époux allemands devant le juge français. Ce n'est qu'ensuite qu'on s'aperçoit de l'impossibilité d'accorder ce divorce en raison du principe français de l'indissolubilité du mariage ; ce serait contraire à l'ordre public, ce serait, dit-on, donner une prime à la qualité d'étranger.

Supposons maintenant un pays qui ne connaît le principe de l'indissolubilité que partiellement, pour une certaine catégorie de personnes seulement, les catholiques par exemple. C'est le cas de l'Autriche. En effet, d'après l'article 3 du Code civil autrichien, le divorce n'est pas ouvert aux époux dont l'un est de confession catholique au jour du mariage, tandis que l'article 115 du même Code, permet aux chrétiens non catholiques de divorcer pour certaines causes déterminées. Les Juifs divorcent même par consentement mutuel. Le juge autrichien accordera-t-il par conséquent le divorce aux époux allemands ? Tout

dépendra de la conception que le législateur de ce pays se fera du principe de l'indissolubilité du mariage, s'il entend l'appliquer aux seuls catholiques ressortissants ou, dans le cas contraire, si les époux demandeurs étrangers sont eux-mêmes de confession catholique ou non. Ajoutons qu'en l'occurrence le divorce sera refusé à tous les catholiques ressortissants ou étrangers, tandis qu'on l'accordera aux protestants, aux juifs, etc..., mais d'après le droit autrichien seulement¹.

Un autre exemple nous est fourni par les différences qui existent entre les diverses législations en matière de *causes* du divorce. Le droit allemand admet comme cause du divorce la folie d'un des époux; la principauté de Monaco connaît la même disposition. Cette cause, le droit français et le droit anglais l'ignorent. Rentrant dans le statut personnel, le juge français aussi bien que le juge anglais devrait appliquer la loi allemande, c'est-à-dire accorder le divorce aux époux allemands qui invoquent comme cause l'aliénation mentale de leur conjoint. Mais le juge français rejettera cette demande parce que cette cause serait contraire à l'ordre public; le juge anglais l'admettra ou la repoussera suivant que le principe de la prohibition du divorce pour cause d'aliénation mentale sera ou non d'ordre public. Par contre, le juge monégasque admettra certainement la demande.

2. *Retour à l'ordre public du droit interne.* — Cette différence de vue entre plusieurs pays sur une question identique procède évidemment de la fameuse variabilité de l'ordre public dans l'espace que les auteurs ont tant de fois affirmée. Point n'est besoin de la souligner expressément; les développements qui précèdent et ceux qui vont suivre dégagent bien cette idée que la seule raison d'être de l'ordre public réside justement dans cette variabilité; constatons simplement : la loi nationale est particulièrement une loi qui rentre dans le statut personnel, à qui l'on avait affirmé avec force d'arguments qu'elle devra s'appli-

1. Une situation analogue se rencontre en Pologne, dans le ressort judiciaire de Cracovie, c'est-à-dire cette partie de la Pologne qui constitue un démembrement de l'ancienne monarchie austro-hongroise.

quer dans le monde entier, est repoussée dans tel pays et admise dans tel autre. Dire de cette loi d'origine qu'elle doit s'appliquer, sauf dans le cas où elle heurterait l'ordre public d'un législateur étranger, n'avance nullement la solution de la question, car il faudrait connaître le législateur qui acceptera cette application et celui qui la repoussera.

Affirmer un principe, c'est-à-dire dans notre cas élaborer un système de solution des conflits de lois, dont l'application est plus ou moins laissée au hasard, c'est, à notre avis, condamner le principe lui-même, porter un coup sensible au système de solutions des conflits. Si, en effet, on n'arrive pas à préciser l'ordre public à l'avance, — les nombreuses tentatives faites en ce sens ont toutes échoué et il est avérément prouvé que c'est là une entreprise qui ne peut aboutir — il ne reste plus qu'une seule issue possible, c'est se rejeter sur les législations étrangères prises individuellement chacune, dire par exemple à la loi allemande qui admet le divorce pour aliénation mentale qu'elle s'appliquera à Monaco, mais qu'elle sera repoussée en France, en Italie, etc.

A la lumière des faits que reste-t-il de plus du principe de la personnalité du droit qu'une sorte d'affirmation sous condition, et cette condition a ceci de particulier qu'elle change avec chaque pays. Le principe se réduit, par conséquent, à une constatation empirique, à savoir que telle loi nationale (d'origine) peut être exportée dans tel pays déterminé, tandis que tel autre ne l'admettra pas et la constatation ne se dégage avec certitude qu'après étude détaillée des principes de la législation étrangère à qui l'on demande l'admission de la loi d'origine. On demande par exemple à la législation française d'admettre, pour les époux allemands, la loi nationale de ces derniers et de leur accorder en conséquence le divorce pour aliénation mentale de l'un des conjoints, comme le permet l'article 1569 du Code civil allemand. La doctrine allemande ne pourra pas conclure que ce texte doit s'appliquer partout parce qu'il fait partie du statut personnel, mais elle sera obligée d'étudier successivement en détail toutes les législations étrangères qui peuvent être appelées à examiner l'admission dans leur ressort (pour s'appliquer à des

Allemands bien entendu) de cette disposition du législateur allemand. Elle arrivera ainsi à composer la liste² des pays, vis-à-vis desquels, sous le rapport de cette disposition déterminée de l'article 1569, le principe de la personnalité du droit s'appliquera effectivement³. De ces législations étrangères, ce sont certainement les dispositions d'ordre public qu'il faut étudier pour pouvoir dégager une réponse et particulièrement celles qui concernent le divorce.

N'est-ce pas dire que malgré tous les efforts en sens contraire, on finit par aboutir à l'ordre public du droit interne? A notre avis, c'est de ce point qu'on aurait dû partir. Le but, ici, vise évidemment moins haut, mais nous avons l'intime conviction que ce dernier chemin est bien moins rempli d'aléas et de profondes déceptions. Dès l'instant où l'on choisit ce procédé, on se rend compte en même temps des difficultés énormes, pratiquement insurmontables, que soulève le problème de l'ordre public sur le terrain international. Mettre une loi d'un pays déterminé en regard avec les différentes législations étrangères constitue un travail qui ne peut aboutir.

3. *Conclusions possibles.* — Nous avons vu combien le principe du statut personnel suivant l'individu partout devient relatif et fragile au contact de la vie juridique internationale. Nous avons, par conséquent, bien des difficultés à souscrire à une affirmation aussi absolue que celle de M. Niboyet qui s'exprime ainsi : « la règle que le statut suit la personne étant une *règle d'ordre public* qui s'impose aux juges français en cas de conflits de législations différentes⁴... », ce qui veut dire que cette règle d'ordre public s'impose, à moins que son application n'entraîne une infraction à l'ordre public, en quel cas ce principe de la personnalité, d'ordre public d'après l'auteur.

2. Cette liste n'aurait d'ailleurs qu'une valeur éphémère en raison du caractère variable de l'ordre public dans le temps.

3. En l'occurrence, ce principe ne sera admis presque nulle part; il se heurtera à l'ordre public des différentes législations, sauf à Monaco (art. 5 de l'ordonnance souveraine du 3 juillet 1907, rel. au divorce), en Suisse (art. 141 du Code civ.) et dans les pays scandinaves.

4. *Répertoire du droit international*; voir ordre public n° 19.

ferait place à un autre principe d'ordre public. Résultat vraiment bizarre. N'est-il pas beaucoup plus simple de dire que la loi étrangère ne peut s'appliquer contre un principe d'ordre public français, peu importe que cette loi étrangère rentre ou non dans le statut personnel de l'individu. Les exemples peuvent d'ailleurs se multiplier à volonté. En présence de cette réalité, on ne peut pas ne pas conclure que l'affirmation des théories de solution des conflits, basée sur la nationalité, est trop absolue et qu'il convient de la modérer afin de la concilier davantage avec la pratique juridique; sous prétexte d'ordre public, en effet, le juge ne se fait pas faute d'écarter à chaque instant la loi personnelle de l'individu étranger pour n'appliquer que le principe de sa propre législation. Si on ne veut pas se redoubler à cette modification théorique, il reste évidemment une deuxième possibilité, c'est de soutenir que cette pratique, malgré qu'elle soit largement suivie par tous les pays, constitue une erreur, un non-sens juridique qu'il ne faut cesser de combattre par tous les moyens. Dans ce cas, il faudrait, en d'autres termes lutter contre la notion de l'ordre public elle-même, au moins quand elle apparaît dans le domaine du droit international privé. Rares sont les auteurs qui ont franchement adopté l'une ou l'autre de ces conclusions.

Parmi les adversaires irréductibles de l'ordre public en droit international, nous nous devons cependant de citer un auteur suisse, *M. Meili*, qui a d'ailleurs publié des ouvrages très remarquables sur le droit international privé; cet auteur dit : « On dit que le juge a les mains liées pour appliquer le droit étranger lorsque le droit interne contient des dispositions exclusives. Les expressions telles que : des « règles souveraines », des « normes absolument coercitives du droit interne », des « lois réelles » ou encore des « lois prohibitives », reposent sur la même pensée. Ce rapport entre le droit interne et le droit étranger touche à la racine même de notre doctrine... C'est cet esprit de la restriction territoriale contre lequel on se doit de lutter avec toute l'énergie possible. » Critiquant Savigny et l'Ecole italienne cette dernière ayant trouvé son expression concernant l'ordre public dans l'article 12 des dispositions préli-

minaires du Code civil italien qui dit que les lois étrangères ne pourront déroger aux lois prohibitives du royaume ni à l'ordre public, Meili conclut avec force : « Ce goût terrestre doit disparaître de la solution des questions de droit international⁵. »

Cette voix est isolée; en général les auteurs ne veulent rien sacrifier aux théories de solutions de conflits et tous leurs efforts se portent vers l'*explication* de l'ordre public, puisque cette notion constitue justement l'obstacle qui s'oppose à l'application intégrale de leurs doctrines.

Résumons les premières constatations que nous venons de dégager concernant l'entrée de l'ordre public sur la scène du droit international privé : les systèmes de solutions des conflits de lois, élaborés par la doctrine, systèmes qui reposent la plupart du temps sur l'affirmation de principes tout *a priori* et dont certains auteurs vont jusqu'à dire qu'ils sont d'ordre public, se trouvent, dans la pratique, déformés parce que la notion de l'ordre public s'oppose dans les différents pays à l'application de certaines lois étrangères, application qui, d'après le système de solution des conflits aurait dû cependant s'imposer. Dans l'état actuel de la jurisprudence, il ne suffit pas d'affirmer que telle loi, parce qu'elle fait partie par exemple de la condition des personnes, c'est-à-dire du statut personnel, doit s'appliquer à l'étranger. Pour avoir la certitude, il faut commencer par la mettre en regard avec la législation à qui on demandera de l'admettre et c'est dans ses principes d'ordre public qu'il faut l'étudier, œuvre de compulsion du droit positif, c'est-à-dire du droit comparé, œuvre énumérative si l'on veut acquérir cette certitude pour plusieurs législations⁶. On peut ainsi remarquer que la notion de l'ordre public oppose la pratique jurisprudentielle à la doctrine. En pure logique, cette dernière n'aurait que deux conclusions possibles à tirer : ou sacrifier en partie ses théories, ou bien les maintenir et combattre vigoureusement l'ordre public en droit

5. *Zeitschrift für Internationales Privatrecht*, publiée par Böhm. t. I, p. 177.

6. De nouveau on peut ajouter : œuvre hasardeuse en plus en raison de la variabilité de l'ordre public dans le temps.

international privé. Au lieu de cela, elle se décide pour un troisième parti, le plus scabreux : *expliquer* l'ordre public, c'est-à-dire préciser les « exceptions » que comporte la théorie de solution. A l'occasion de l'étude de la terminologie, nous mentionnerons dans le chapitre suivant quelques-unes de ces théories les plus représentatives de l'Ecole franco-italienne.

CHAPITRE III

TERMINOLOGIE. DISCUSSIONS DOCTRINALES.

1. *Origine de l'expression.* — L'emploi du terme « ordre public » en droit international privé n'est pas une invention tellement géniale ainsi qu'on a parfois voulu le dire¹. Tout concourait, au contraire, à ce qu'on employât cette expression et non pas une autre. En droit interne, le terme était courant depuis très longtemps; la rédaction de l'article 6 du Code civil français est là pour le prouver, et sa signification était celle que nous avons dégagée dans la première partie de notre étude, c'est-à-dire dans le sens de règles prohibitives ou impératives.

D'autre part, en droit international privé, la chose était connue bien avant le terme; on empêchait parfois dans la pratique d'appliquer la loi étrangère malgré que la théorie eût conclu dans le sens contraire. Déjà Bouhier, en parlant de l'extension des coutumes en dehors de ses frontières géographiques, disait que cette extension d'une coutume à une autre coutume doit avoir lieu, « à moins que celle (la coutume) où l'extension (de l'autre coutume) serait demandée ne contint, en ce cas une disposition *prohibitive*² », et il sous-entendait certainement aussi « disposition impérative ». Plus tard, Savigny développe l'idée davantage et, quoiqu'un peu obscures ses expressions reviendront presque textuellement sous la plume des auteurs de l'École italienne³. On connaît le système de

1. Knapp, *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois*, p. 32 : « cette théorie de l'ordre public est un essai génial que Mancini a lancé dans le monde. »

2. C'est à tort que l'on cite généralement Savigny comme ayant le premier formulé la réserve de la loi prohibitive, s'opposant à l'application de la loi étrangère. On trouve chez Bouhier presque les mêmes expressions.

3. *System des heutigen römischen Rechts* Berlin, 1849.

solution des conflits proposé par Savigny : le juge doit appliquer la loi du siège du rapport de droit. Cependant, lorsque cette loi, supposée étrangère, se heurte à une loi du for « coercitive et absolument obligatoire », le juge doit écarter la loi étrangère pour appliquer la sienne propre⁴. Et voilà comment il définit ces lois coercitives et absolument obligatoires : « Elles reposent sur des raisons de morales ou de bien public, peu importe que ces raisons soient politiques ou purement économiques, ou qu'elles portent l'empreinte de mesures de police⁴ ». N'est-ce pas là la définition même de l'ordre public ? Mais Savigny ne donne pas d'autres précisions ; tout au plus nous fournit-il quelques exemples sur le servage, la mort civile, etc., c'est-à-dire des hypothèses exorbitantes. Ce qu'il faut souligner, c'est le fait que les Allemands sont arrivés⁵ à leurs lois prohibitives en droit international privé en partant du droit interne⁶.

Mancini ne pouvait pas ignorer le point de départ des lois prohibitives en droit international, il ne pouvait pas ne pas associer dans son esprit cette notion en droit interne, dégagée depuis longtemps par la doctrine — autant d'ailleurs qu'il est possible de le faire — à celle du domaine international, lorsque, en même temps qu'il proclamait le principe de la nationalité comme base du droit international privé, il y apportait le tempérament de l'ordre public⁷. En utilisant l'expression « ordre public », en assi-

4. *System*, t. VIII, p. 32.

5. Voir aussi Waechter, *Archiv für Civilistische Praxis*, t. XXIV, 1841, p. 265 ; cet auteur a, en outre, soutenu le fameux principe que dans le doute le juge doit appliquer la loi du for, principe qui, sans conteste, est scrupuleusement suivi par tous les juges. Aussi von Bar, *Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts*, Leipzig, 1889, où il expose une critique des théories savigniennes, p. 129 et suivantes.

6. Ce qu'il y a de particulier dans la théorie allemande, que l'on appelle généralement la « théorie des lois prohibitives », c'est que son origine est quelque peu différente de la théorie de l'ordre public de l'Ecole italienne. Avant 1900, l'Allemagne était partagée en une centaine de ressorts législatifs différents et c'est le principe de la loi du domicile qui y était universellement adopté. La loi nationale n'intervient par conséquent que rarement et l'ordre public perdait d'avance son importance. On remarquait seulement qu'en droit interne il existait des dispositions qui exigeaient une application exclusive sans égard aucun au droit étranger. Ce sont les lois prohibitives ou exclusives de Savigny.

7. Mancini exposa ses théories pour la première fois dans un cours qu'il donna à l'Université de Turin, cours intitulé « de la nationalité comme fonde-

gnant à cette notion un rôle sur le terrain international, Mancini, en réalité, n'a fait autre chose que de cueillir un fruit mûr. Mais à l'inverse des Allemands, il n'était nullement dans son intention de partir du droit interne. Il ne voyait que la loi nationale partir victorieusement à travers le monde; mais il sentait qu'au delà des frontières quelque chose devait parfois faire obstacle à l'application de ce principe : c'était l'ordre public des législations étrangères. Cependant, depuis la théorie savignienne, le point de vue avait radicalement changé. Jusque-là le droit international privé ne présentait qu'un aspect plus ou moins territorial; on discutait des conflits de lois en s'appuyant étroitement sur la législation interne. Mais avec l'affirmation du principe de la nationalité, on le concevait comme vraiment *international*, et la logique la plus simple voulait — à moins de risquer de tomber dans une situation paradoxale intenable — que la théorie de l'ordre public de la nouvelle école fût également empreinte de ce caractère d'universalité. On procéda effectivement de la sorte, mais pour tomber dans cet autre travers que nous avons signalé et qui consistait à exprimer des généralités banales et à répéter des truismes. En plus l'équivoque subsistait, car cette théorie internationale, entrecoupée de réserves nationales, territoriales, forme un mélange très obscur, car c'est justement le mélange de ces deux éléments qui nous semble impossible. Ou bien on conçoit la théorie comme purement internationale, les exceptions comprises et dans ce cas on doit rester dans la logique en combattant le « goût terrestre », ou bien elle est nationale, l'ordre public aussi bien que le système de solution des conflits.

2. *La définition de Mancini.* — Dans tous les cas, on peut noter que Mancini était obligé d'emprunter le terme au droit interne; le fond, lui-même, procède de ce droit, mais selon les règles particulières à chaque législation et non pas suivant un système universel. Dans ces

ment du droit des gens ». Voir aussi son étude dans *Clunet*, 1874, p. 221 et 285 « de l'utilité de rendre obligatoires les règles générales du droit international privé » et son rapport à l'Institut de droit international dans le *Bulletin de l'Institut*, session de La Haye de 1875.

conditions, il n'y a rien d'étonnant à ne trouver, chez cet auteur, aucune indication qui puisse servir à résoudre le problème. Voici une de ses définitions de l'ordre public parmi bien d'autres : « C'est l'action du pouvoir public auquel sont confiés la tutelle et la garantie de l'ordre public et le développement du progrès social..., les défenses et prescriptions jugées nécessaires à la prospérité de la vie sociale⁸ »; c'est-à-dire des formule sans valeur juridique aucune⁹. *Esperson*, continuateur de Mancini en Italie, précise un peu plus que son prédécesseur. Il commence le premier par esquisser l'idée que l'ordre public était différent en droit civil interne et en droit international privé; il n'y a que ce dernier domaine qui nous intéresse ici et là, selon cet auteur l'ordre public embrasse tout le droit public, le droit pénal, la procédure, la sécurité publique et les dispositions que le législateur « juge indispensables pour garantir sa propre existence et développer la prospérité générale¹⁰ ».

Retenons, pour le moment, ces trois propositions :

A. La doctrine allemande ne s'avance que très prudemment sur le terrain du droit international privé; ses lois prohibitives sont un produit du sol et les motifs qui les inspirent sont inséparablement liés à la législation interne. Si, à ce sujet, certaines règles peuvent être dégagées, elles ne sont jamais destinées à s'appliquer en dehors du ressort législatif.

B. L'École italienne affirme le principe de l'application de la loi nationale, principe tout *a priori* et y apporte le tempérament de l'ordre public qui s'oppose à l'application de la loi étrangère.

C. L'ordre public englobe immédiatement en bloc et sans discussion les principales branches du droit et cette notion devient le pivot du nouveau système de solution des conflits de lois. Son autorité s'étant révélée absolue dans les branches les plus importantes, il reste à déterminer son pouvoir dans le droit privé (international) et pour ce

8. Mancini, *Bull. de l'Inst. de Droit intern.*, 1875, pp. 21 et 25; voir aussi *Ciunet*, 1874, p. 297.

9. L'art. 12 des disp. prél. du Code civil italien est conçu en termes à peu près identiques; voir *supra*, p. 82.

10. *Esperson*, *Le Principe de la nationalité*, Pavie, 1868.

faire, la doctrine va se rapprocher de l'ordre public du droit interne et comparer le rôle qu'il joue dans cette dernière branche à celui du droit international.

3. *Ordre public interne et ordre public international; critique de cette terminologie.* — C'est Brocher,¹¹ qui est l'auteur de la fameuse distinction entre l'ordre public interne et l'ordre public international. Le succès prolongé de cette terminologie — aujourd'hui encore usuellement employée par la jurisprudence et même par la doctrine¹² — s'explique sans doute par le côté obscur que comporte l'expression qui se prête à différentes définitions contraires les unes aux autres et aussi à des usages variés. Si, en effet, une question de droit international trouve difficilement une solution, on a vite fait, pour la trancher, d'affirmer qu'elle relève de l'ordre public international.

La preuve du sens équivoque de cette terminologie se trouve dans la doctrine elle-même : *la signification de l'ordre public international varie sensiblement selon les auteurs.* Ils sont à peu près unanimes sur l'ordre public interne : ce sont les lois impératives. Dès maintenant, cependant, nous pouvons remarquer que Brocher considère les lois impératives qui se rapportent aux droits réels, comme d'ordre public interne, contrairement à d'autres auteurs qui, plus tard, ont adopté la terminologie de ce juriste¹³. Cela vient de ce que Brocher ne fait intervenir aucun facteur de nationalité (quelque peu en contradiction avec l'école italienne) comme il deviendra courant de le faire dans ce sens qu'on dira plus tard que l'ordre public interne s'appliquera aux nationaux et l'ordre public international aux étrangers. Pour lui, l'ordre public interne rend simplement inéludable une loi impérative, une règle de droit interne, tandis que l'ordre public international s'opposera à l'application de la loi étrangère,

11. Brocher, *Nouveau Traité de Droit international privé*, Paris et Genève, 1876, p. 20 et suiv. et *Cours de Droit intern. privé*, Paris et Genève, 1882-85, t. I, p. 2 et suiv.

12. Citons, à ce sujet, le titre d'une récente étude de M. Blanchard : *L'application simultanée sur le territoire de l'Egypte de lois d'ordre public international.*

13. Despagnet, Olivi, Bustamante, Surville, etc.

quelle que soit la nationalité de la personne qui désirerait se voir appliquer cette loi étrangère. Cette conception est assez près de la théorie des lois prohibitives, mais ce n'est que le successeur direct de Brocher, M. Weiss, qui précisera davantage cette idée que le premier, somme toute, n'avait fait qu'esquisser.

Chez M. Weiss, l'indispensable retour des choses s'opère avec une netteté plus marquée encore; non seulement cet auteur compare le rôle de l'ordre public en droit interne avec celui du droit international mais il déclare franchement que celui-ci dépend du premier; la dualité de l'ordre public n'est donc pas absolue et il pressent que même cet ordre public international va évoluer vers la législation interne. « L'ordre public international, dit M. Weiss, dérive de la même idée que l'ordre public interne;... l'ordre public international rentre dans l'ordre public interne dont il ne forme qu'une subdivision. Les règles qui sont d'ordre public international, sont par cela même, et à plus forte raison, d'ordre public interne¹⁴ ». Le principe, on le voit, est le suivant : il y a d'abord l'ordre public interne, tel que nous l'avons analysé dans la première partie de notre étude; ce sont les règles impératives, dirigées contre la volonté individuelle. Mais toute une catégorie de principes d'ordre public interne est en même temps d'ordre public international, c'est-à-dire qu'ils s'opposent à l'application de la loi étrangère. Celles des règles d'ordre public interne qui ne possèdent pas la double qualité d'être en même temps d'ordre public international, ne s'opposent pas à l'application des lois étrangères. Ainsi, la règle du Code civil français qui fixe l'âge de la majorité à 21 ans est d'ordre public interne seulement, le caractère impératif de cette disposition ne s'opposant pas à l'application par exemple de la règle suisse qui fixe l'âge de la majorité à 20 ans, à condition bien entendu que la loi suisse soit législativement compétente. Au contraire, la prohibition française du divorce avant 1884 était d'ordre public international : elle s'opposait en France à l'application de la loi étrangère qui admettait ce divorce.

14. Weiss, *Traité théorique et pratique de D. I. P.*, t. III, p. 94.

Cette théorie est évidemment très juste; si on est d'accord sur le sens à donner aux deux termes, on ne risque nullement de tomber dans l'erreur en souscrivant à cette opinion. Malheureusement, elle n'exprime absolument rien de précis qui puisse aider à résoudre le problème. Il va sans dire que dans les limites de l'ordre public dit interne, les particuliers sont entièrement libres d'agir comme ils l'entendent; deux Français, n'ayant même jamais quitté la France, peuvent valablement invoquer une loi étrangère, stipuler par exemple, dans leur contrat de mariage, que le droit commun anglais s'appliquera à leur régime matrimonial. D'autre part, là où l'ordre public international s'opposera à la pénétration de la loi étrangère, c'est que le motif de cet ordre public consacre un principe de la législation interne, contre lequel personne ne pourra se prévaloir¹⁵. Ce principe a seulement ceci de particulier, qu'il s'imposera à tout le monde, aux nationaux aussi bien qu'aux étrangers. Jamais ni un étranger ni un Français n'obtiendra du juge français le divorce pour cause d'aliénation mentale. D'ailleurs la question est aussi vieille que le droit international privé lui-même; le classement des statuts ne procédait pas d'une autre idée.

L'avantage de l'introduction du terme « ordre public international » est, en conséquence, extrêmement minime, il n'aide nullement à résoudre le problème et au fond ce n'est que la vieille question, un peu différente dans l'expression : quelles sont les lois étrangères qu'on peut appliquer dans le ressort de la législation interne? La réponse consisterait sans doute dans l'explication précise de cet ordre public international, mais nous savons ce qu'il en est dans la doctrine italienne.

Par contre les inconvénients de se servir de ce terme sont indéniables. Si on n'a pas soin de lui assigner préalablement sa fonction exacte, il peut prêter à toutes les confusions. Cette expression est d'abord impropre; si déjà on adopte la thèse de la dualité de l'ordre public, celui dont nous parlons mérite le qualificatif d'« international »

15. Il en est différemment de « l'ordre public spécial aux étrangers », voir *infra*, p. 158 et suiv.

bien moins encore que l'autre, puisqu'il écarte justement tout élément international en s'opposant à l'application de la loi étrangère¹⁶. Cet « ordre public est, au contraire, essentiellement national¹⁷ ». Mais ce n'est pas le seul reproche qu'on puisse adresser à cette terminologie; c'est Kahn qui ramasse une autre critique dans la formule suivante : « On pourrait aussi bien retourner ces expressions (ordre public interne et ordre public international); l'ordre public international pourrait être ces dispositions du droit privé qui, tout en étant impératives et d'ordre public, sont internationalement reconnues en ce sens qu'elles suivent le citoyen à l'étranger; l'ordre public interne par contre serait composé des règles impératives strictement territoriales¹⁸ ».

On sent donc parfaitement l'insuffisance, voire l'inutilité de cette théorie¹⁹. Bien entendu, cette doctrine de la dualité de l'ordre public se combine plus ou moins selon les auteurs avec l'élément fondamental de l'Ecole franco-italienne, à savoir la *nationalité*. Nous avons déjà parlé de ce facteur et nous aurons encore l'occasion d'y revenir. Pour le moment nous mentionnerons seulement la définition de M. Weiss concernant l'ordre public international c'est-à-dire le *contenu* que cet auteur attribue à cette notion :

L'ordre public international n'étant qu'une subdivision de l'ordre public interne, c'est incontestablement dans le domaine de ce dernier qu'il faut effectuer cette discrimination. A l'instar d'Esperson, M. Weiss fait participer à l'ordre public international tout le droit public (droit

16. Nous ne parlerons même pas d'une autre acception possible du terme « ordre public international » comme synonyme d'ordre public commun à à plusieurs Etats. « Plus l'ordre public s'internationalise, plus il s'affirme en droit international public, moins il a d'intérêt en D. I. P. puisque sa généralisation écarte la possibilité du conflit » (Louis-Lucas, Remarques, *op. cit.*, p. 408).

17. Niboyet, *Manuel*, n° 443, p. 548.

18. Kahn, *Abhandlungen*, *op. cit.*, t. I, p. 201.

19. Fiore critique également cette terminologie, voir *Clunet*, 1908, p. 363. — Une variante de ces expressions sont les termes : *ordre public absolu* et *ordre public relatif*; le premier correspondrait plus ou moins à l'ordre public international et le second à l'ordre public interne. Les promoteurs de ces expressions sont en particulier : Lainé (Introd. au *D. I. P.*, t. II, p. 195 et suiv.) et Despagne (*Clunet*, 1889, pp. 5 à 7 et 207 à 222). Elles tombent sous les mêmes critiques que les expressions citées dans le texte. En plus, l'ordre public est toujours relatif (Voir Fedozzi, *Clunet*, 1897, p. 73).

constitutionnel, droit pénal, fiscal etc.); mais ce qui nous intéresse ici c'est le droit privé. Il ne fait pas de doute que l'application exclusive du droit constitutionnel, du droit pénal, etc., dans le ressort législatif de l'Etat ne procède d'une idée d'ordre public; en théorie aussi bien que dans la pratique cette idée s'est tellement affirmée, sous la pression de la nécessité politique, qu'en doctrine on n'en parle même pas sinon pour citer les lois constitutionnelles et pénales en exemples-types de lois territoriales. Quant au droit privé, M. Weiss classe les règles impératives concernant les droits réels et la forme des actes parmi les lois d'ordre public international; c'est simplement la solution traditionnelle qui a toujours donné compétence à la *lex rei sitae* et a toujours connu l'adage *locus regit actum*. En dehors de ces cas classiques, l'auteur, partisan convaincu de la personnalité du droit, veut limiter le plus possible le domaine de l'ordre public international. Cependant, ajoute-t-il, le juge doit déclarer d'ordre public international celles dont il a pénétré l'esprit et deviné l'intention du législateur dans ce sens. M. Weiss ne donne pas d'autre critérium; il n'a aucunement résolu la question, une preuve de plus que sa terminologie ne correspond à aucune nécessité.

4. *Conclusions.* — Du point de vue théorique, le fait le plus important qu'on peut noter dans cette doctrine, dont Brocher et Weiss sont les représentants principaux, c'est ce retour significatif au rôle de l'ordre public en droit interne: l'ordre public, tel qu'on le voit apparaître en droit international privé, s'identifie entièrement avec l'ordre public comme on le connaît en droit interne en ce sens que, s'il fonctionne en droit international, à plus forte raison le doit-il en droit interne. A notre avis, c'est là un pas important vers la vérité. Aussi simple, aussi logique que soit cette conclusion, on l'avait cependant méconnue lorsqu'on cherchait la solution en droit international privé, dans des règles générales, *a priori*. Bien entendu, la théorie de la dualité de l'ordre public est toujours empreinte de cet esprit trop abstrait qui caractérise l'ensemble de l'Ecole franco-italienne, mais la dépendance, dans laquelle l'ordre

public interne tient l'ordre public international est cependant un point acquis.

Cette constatation, en même temps, permet de limiter singulièrement les recherches : c'est dans les législations internes et nulle part ailleurs que se cantonne le problème et ce n'est pas la dernière fois que nous aurons souligné cette vérité. En droit interne pur, l'ordre public décide de la suprématie de la volonté législative sur la volonté individuelle. Cette question tranchée en faveur de la *lex publica*, il reste le second problème à résoudre, à savoir si la volonté du législateur du for doit aussi triompher de la loi étrangère, si, en d'autres termes, l'ordre public présente cette double face de soustraire d'abord une règle à la volonté individuelle et de s'opposer en même temps à l'application de la loi étrangère.

Ainsi, une loi étrangère qui ne connaît pas l'obligation alimentaire entre proches parents et ne mobilise pas, en conséquence, tous les moyens pour empêcher les individus de tomber à la charge de la communauté, ne pourra s'appliquer en France²⁰. Le motif de l'ordre public, semble-t-il, devrait nous fournir une précision suffisante pour pouvoir répondre à la question. Malheureusement, on a introduit dans le droit international privé un élément arbitraire, la nationalité, facteur qui, en droit privé, ne repose sur aucun fondement rationnel et qui déroute tout développement logique du problème. Nous en reparlerons plus loin.

Dans tous les cas, on peut constater définitivement que la question de l'ordre public en droit international privé a toujours pour centre une règle impérative de la législation interne et la conclusion s'impose *qu'il n'y a qu'un seul ordre public qui est essentiellement national*²¹.

20. Voir *supra*, pp. 46 et 76. Sirey, 1923.1.27, *Revue de Droit international privé*, 1924, p. 401.

21. Si la jurisprudence continue encore à employer généralement le terme d'ordre public international, nombreux sont les auteurs qui se sont prononcés dans un sens ou dans l'autre pour l'unité de l'ordre public. Ainsi : Niboyet, *Manuel*, n° 443, p. 548 et *Rép. de Droit int.* V° Ordre public; Louis Lucas, *Remarques*, *op. cit.*, p. 405. Quant au caractère national de tout ordre public, voilà ce qu'en dit M. Bartin, *Principes de Droit international privé*, p. 269 : « L'ordre public international c'est, dans chaque pays, l'ordre public national, porté, si je puis dire, à sa plus haute puissance, au point de s'imposer, dans ce pays... aux étrangers. »

CHAPITRE IV

LE ROLE DE L'ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE EST FONCTION DU SYSTEME DE SOLUTION DES CONFLITS.

Section I. Conceptions théoriques des règles de solution des conflits. Système de la pratique.

Sans doute, en affirmant l'unité de l'ordre public, principe que la doctrine la plus récente admet de plus en plus, sous réserve peut-être de la fâcheuse survivance, particulièrement en jurisprudence, du terme « ordre public international », on s'est libéré d'une notion qui compliquait inutilement le problème. Nous savons que dorénavant nous ne raisonnerons plus que sur un seul ordre public. Mais la question reste entière, à savoir quand il intervient dans les conflits de lois; en parlant de la théorie de Mancini, nous avons déjà constaté que cette intervention est fonction du système de solution des conflits de lois. L'objet du présent chapitre consiste justement à étudier cette question d'une façon plus approfondie.

I. *Territorialité et personnalité du droit.* — Supposons un individu quelconque, peu importe sa nationalité, qui demande au juge d'appliquer à un rapport de droit, auquel il est intéressé, une loi étrangère, la loi italienne par exemple. Pour résoudre le problème, la doctrine suit le raisonnement suivant : il convient en premier lieu d'examiner le titre de la loi italienne, c'est-à-dire qu'il faut se demander d'abord si la loi italienne est vraiment compétente pour régir le rapport de droit en question. Mais comment cette compétence sera-t-elle elle-même déterminée? C'est la

grande question de la solution du conflit des lois et la réponse dépendra du système qu'on adopte pour résoudre ce problème de conflit. Si le législateur du juge saisi préconise le vieux principe féodal que « toutes coutumes sont réelles », pratiquant ainsi le système de la *territorialité absolue*, aucune loi étrangère ne sera jamais admise; en prenant le contre-pied de la vieille Ecole française qui proclamait l'adage que nous venons de citer, en appliquant le principe de la *personnalité absolue* du droit, basé par exemple sur la nationalité, le juge français admettra, dans l'hypothèse que nous envisageons, la loi italienne, à condition bien entendu que le demandeur soit Italien.

Les deux possibilités que nous venons de mentionner, personnalité ou territorialité absolue, sont des hypothèses purement théoriques, entre lesquelles se situe la jurisprudence de tous les pays. Elles valent cependant l'honneur d'un rappel. Elles montrent, en effet, combien, en l'absence de textes positifs, et c'est le cas pour la majorité des conflits, exprimant nettement la volonté du législateur de voir son juge résoudre les conflits de lois d'une façon déterminée, il est hasardeux de se lancer, quant à la solution de ce problème, dans une affirmation arrêtée. Ce vaste champ qui s'étend de la personnalité absolue à la territorialité absolue, explique que les doctrines de droit international privé, varient non seulement profondément si on les envisage à deux époques différentes, mais divergent essentiellement entre auteurs contemporains.

Il ne rentre pas dans le cadre d'une étude sur l'ordre public d'écrire une histoire critique des théories des conflits. Toutefois on ne peut pas laisser ce sujet entièrement de côté pour cette simple raison que la conception qu'on se fait de l'ordre public se modèle exactement sur la théorie des conflits.

Nous insisterons non seulement sur le système de solutions, mais aussi sur la méthode qu'on emploie pour appliquer ce système dans la pratique; les deux facteurs influent directement sur l'importance du rôle de l'ordre public en droit international privé et sur la conception de ce rôle lui-même. Les explications ultérieures mettront bien en lumière ce point.

Si un pays adoptait l'une ou l'autre des solutions extrêmes, jamais l'ordre public n'aurait effectivement à intervenir, on serait fixé d'avance sur le choix de la loi. Peu importerait si, par exemple, on faisait procéder la territorialité absolue d'une idée d'ordre public; son étude, dans ce cas, n'aurait qu'une valeur toute théorique puisqu'il s'attacherait en bloc à toute la législation¹.

Dans la pratique, bien entendu, on ne peut rester cantonné ni à l'une ni à l'autre de ces théories trop absolues. L'Etat, qui base son système de droit international privé sur le principe que « toutes coutumes sont réelles », doit malgré cela s'avancer quelque peu vers le milieu du terrain, quitter la territorialité absolue pour s'approcher de la personnalité; il faut, en d'autres termes, qu'il laisse le champ libre à l'application de certaines lois étrangères. C'est une simple constatation historique qui ne contient aucun postulat. Inversement, ceci est vrai tout au moins pour un Etat souverain moderne qui possède un territoire, le législateur qui adopterait le système de la personnalité absolue du droit, devrait, par la force des choses, tempérer cette règle en refusant, dans certaines circonstances, l'application de la loi étrangère pour lui substituer la règle territoriale. Cette personnalité du droit pourrait d'ailleurs ne pas être basée sur la nationalité; elle pourrait aussi bien procéder du domicile ou même du lieu de naissance. Dans quelle mesure a-t-on concilié ces deux tendances extrêmes? A ce sujet il convient de faire cette constatation remarquable, que l'on ne peut malheureusement inscrire à son tableau d'honneur, que la science du droit international privé n'a pas énormément contribué à éclairer la pratique. Ce sont presque exclusivement les praticiens qui, en la matière, ont élaboré les solutions aux questions qui se posèrent devant eux. Ils l'ont fait suivant les exigences de l'époque et du milieu en se laissant guider par leur bon sens juridique. De nos jours, d'ailleurs, les choses ne se passent pas autrement; c'est toujours par la méthode de « la nature des choses », si l'on peut dire, que le juge fait du droit international privé. Ce procédé a même été élevé en grade doctrine

1. Voir : Valéry, *Manuel de Droit international privé*, 1914, p. 571.

par les post-glossateurs. Par la seule méthode analytique, *a posteriori*, l'Ecole de Bologne a su imposer des solutions définitivement acquises au droit positif et, suivant nous, il n'existe d'autre méthode d'une réelle valeur pratique. En effet, dès qu'on glisse dans l'*a priori*, on ne peut pas ne pas bâtir le système de solution des conflits sur un des deux principes extrêmes, personnalité ou territorialité. Mais immédiatement on doit le compliquer de toutes sortes d'exceptions, de divisions, de classifications, et l'appareil devient d'une complication telle qu'il est inutilisable au contact de la pratique et de gré ou de force la méthode *a priori* rejoint la méthode empirique. C'est justement par cette méthode que les post-glossateurs² ont obtenu les résultats qui, à juste titre, font aujourd'hui encore l'admiration de la doctrine³.

2. *Les statutaires anciens*. — Il ne faut pas oublier que le droit international privé est presque exclusivement coutumier. « Sur presque tous les points nos tribunaux ont dû écrire le droit, ainsi en matière d'état et de capacité des étrangers, de successions, d'obligations, de contrat de mariage, etc.⁴. » Or, il n'y a pas de contradiction possible, le droit positif suit uniquement pour résoudre les conflits, une méthode empirique et la seule chose que les magistrats écoutent, c'est leur instinct juridique. La vérifiable nature, toute empirique, du droit coutumier, ressort bien de ce passage que nous empruntons à Lainé qui, en parlant du droit anglais, s'exprime ainsi : « Pour les Anglais les notions de jurisprudence résultent de décisions pratiques et non de théories dogmatiques. C'est une habitude anglaise de lier une règle générale à la comparaison des décisions judiciaires et, dans le domaine du droit international privé, cette habitude exerce sans doute une grande influence sur les jurisconsultes anglais... En Angleterre la doctrine se tait devant la jurisprudence, réduit son rôle à enregistrer les décisions des juges⁵ ». Nous ne sommes pas

2. Niboyet, *Manue* n° 334, p. 393 : « Ils se sont abandonné à leur bon sens ou à l'équité, bref à ce qu'on a appelé depuis la nature des choses ».

3. Voir Lainé, *Introduction*, t. I, p. 93 et suiv.

4. Niboyet, *Manuel*, n° 26, p. 39.

5. Lainé, *Introduction*, t. I, p. 23.

les seuls à ne pouvoir nous empêcher de jeter un regard envieux sur cette exemplaire sagesse des Anglo-Saxons.

Quoi qu'il en soit, constatons que, sur le continent, c'est le contraire qui s'est produit : c'est la pratique jurisprudentielle qui a dû se défendre contre la doctrine envahissante.

Si l'histoire politique peut parfaitement expliquer la tendance très marquée de l'époque qui a suivi la féodalité, d'exclure autant que possible la loi étrangère⁶, il n'est pourtant que trop vrai que le principe que « toutes coutumes sont réelles », dont le champion marquant fut d'Argentré avec sa longue suite de l'Ecole statutaire franco-hollandaise, est d'un a-priorisme si tranchant, que pendant des siècles le développement naturel du droit international privé en a été affecté. Cet axiome constitue la contre-partie à la fois de la personnalité du droit telle qu'elle a réellement existé au début du moyen âge en Occident sous les royaumes barbares, en s'atténuant d'ailleurs graduellement du ^{vi}^e au ^{xiii}^e siècle, et de celle qui, au ^{xix}^e siècle, a été proclamée sur la base de la nationalité par l'Ecole franco-italienne.

Remarquons que la personnalité du droit, telle qu'elle a été pratiquée d'une façon presque absolue à l'époque franque, est née spontanément du fait de l'instabilité territoriale des peuplades barbares. Au moment où des attaches territoriales commencèrent à se nouer, ce système de droit international privé — si toutefois on peut parler ainsi pour cette époque — devait disparaître et même céder à la réaction contraire qui trouve son expression dans l'adage des statutaires de la réalité des coutumes. Toutefois, ce dernier principe n'est resté qu'un postulat théorique, *a priori*, qui n'a jamais eu pleine et entière application. La preuve en est dans la fameuse classification des statuts, à laquelle d'Argentré et ses successeurs ont dû

6. Lahné, *Introduction*, t. I, p. 275 : « Ruinée dans l'ordre politique, la féodalité était restée intacte dans les mœurs et dans le droit. Les Sociétés du moyen âge avaient longtemps fait corps avec leurs chefs, avaient eu une part de leur indépendance, s'étaient avec eux habitués à l'autonomie, chacune considérant comme sa chose, comme son patrimoine propre les usages qui s'étaient formés sur son territoire. Ce sentiment survécut et demeura vivace dans l'âme des habitants de chaque seigneurie lorsque les seigneuries cessèrent d'avoir une existence propre. »

procéder pour réserver un certain champ d'application à la loi étrangère. Les *statuts réels* s'appliquaient à l'exclusion de toute autre coutume, tandis que le *statut personnel*, concernant l'état, la capacité, la condition de l'individu, se rattachant au domicile de ce dernier, devait être respecté dans les autres provinces. En plus, la difficulté de faire rentrer tous les statuts dans cette classification bipartite, faisait créer les *statuts mixtes*, qui étaient attachés aux statuts réels. Mais nous insistons sur ce que la théorie des statutaires affirmait que le statut personnel était simplement l'exception du principe qui était la réalité. D'un point de vue théorique, on ne peut donc être d'accord avec M. Healy, lorsqu'il dit : « La difficulté pour établir la ligne de démarcation entre les trois classes (de statuts) était grande et sous beaucoup de rapports elle intéresse directement la théorie de l'ordre public. La difficulté qu'on rencontre pour établir des limites déterminées à l'application correcte de l'ordre public, est en effet la même que l'on rencontrait autrefois pour déterminer si tel ou tel procès relevait d'un statut réel, personnel ou mixte⁷. » Certes, dans la pratique juridique il en a pu être ainsi, mais nous discutons théorie. Dans la pratique, il ne s'agit pas d'appliquer une théorie d'*a priori*, mais de dire le droit, trancher le litige, selon, qu'on le veuille ou non, « la nature des choses », telle que le juge l'interprète en se laissant guider par les précédents. Mais quand on parle de statuts, surtout en mentionnant leur classification par statuts réels, personnels et mixtes, on a en vue *la théorie* des statutaires et principalement leur règle que toutes coutumes sont réelles. En basant la solution des conflits sur ce principe, nous avons vu qu'il ne servait à rien d'invoquer l'ordre public pour asseoir une solution du droit qui procède de l'application de la loi territoriale. Sans doute, l'axiome se fonde bien sur cette notion, mais ni pratiquement ni théoriquement il n'est du moindre intérêt d'y faire appel, l'ordre public s'attachant en principe indistinctement à tous les statuts. Pour user du terme de M. Healy, la co r-

7. Healy, « La théorie de l'ordre public » dans *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1925, t. IV, p. 425.

rection des statutaires consistait justement à faire appliquer la loi territoriale. L'ordre public y jouait le même rôle inutile comme si, de nos jours, on l'invoquait pour appliquer les lois pénales et constitutionnelles territoriales. « Ceux qui admettent que les lois édictées pour un territoire y sont applicables à l'exclusion de toutes autres, peuvent sans se contredire reconnaître au législateur le pouvoir d'admettre ou de prescrire sur ce territoire l'application de lois étrangères⁸. » En conséquence, et c'est à cette constatation que nous voulions en venir, l'ordre public ne peut jouer aucun rôle dans les conflits de lois dans la théorie des statutaires.

3. *Les statutaires modernes. Théorie de Vareilles-Sommières.* — Ce serait une erreur de croire que les statutaires modernes, particulièrement *Foelix*⁹ et *Vareilles-Sommières*¹⁰, aient considérablement élargi la catégorie des statuts personnels, consacrant ainsi une place plus large à l'application de la loi étrangère, que ne les firent les statutaires anciens. Seulement, la théorie statutaire moderne ayant été conçue pour ainsi dire en regard de la doctrine italienne de Mancini, elle a plus de relief que l'ancienne, particulièrement celle de Vareilles-Sommières, parce que, entre autre, on y trouve des arguments directs contre la théorie de l'Ecole franco-italienne. Mais le principe est toujours la vieille territorialité des coutumes. « Aucun Etat, dit Vareilles-Sommières, aucune Nation ne peut, par ses lois, affecter directement, lier ou régler des objets qui se trouvent hors de son territoire, ou affecter et obliger les personnes qui n'y résident pas, qu'elles lui soient soumises par le fait de leur naissance ou non »; plus loin il ajoute : « Tous les effets que les lois étrangères peuvent produire dans le territoire d'une autre Nation (il eut mieux valu dire « Etat » dans le sens de territoire législatif), dépendent absolument du consentement exprès ou tacite de cette Nation. » Foelix érige également en règle l'indé-

8. Arminjon, *Précis de Droit international privé*, éd. 1927, t. I, p. 80.

9. Foelix, *Traité de Droit international privé*, 1843.

10. Vareilles-Sommières, *La synthèse du Droit international privé*, 1898, particulièrement t. I, p. 12.

pendance absolue, au point de vue législatif, des Etats souverains et ces auteurs sont logiques avec eux-mêmes de ne vouloir faire aucune place à la notion d'ordre public en droit international privé dans le sens de la théorie moderne de la personnalité. « Il prétend, dit Aubry en parlant de la théorie de Vareilles-Sommières, éliminer radicalement du droit international privé la notion d'ordre public, dans laquelle la territorialité *ratione fori* trouve sa raison d'être¹¹ ». Peu nous importe ici que Felix soit cependant amené à admettre — à l'instar de la pratique anglo-saxonne dont il reflète plus ou moins les idées — une série d'exceptions qui visent l'application des lois étrangères dans certaines hypothèses, assez nombreuses d'ailleurs.

On critique généralement *l'a priorisme* de la doctrine de Vareilles-Sommières. Il se peut que cette critique soit injustifiée en ce sens que la théorie de cet auteur, saine-ment appuyée sur le principe de la territorialité, s'approche, malgré tout, de la pratique judiciaire. En plus, et cet avantage est considérable, elle rend franchement inutile la notion de l'ordre public dans les conflits de lois et c'est autant de terrain ferme gagné sur l'insécurité, sur les perturbations qu'elle apporte dans les relations juridiques internationales¹². Nous ne pouvons nous avancer davantage dans l'analyse de la théorie de cet auteur; elle représente, dans le grand concert de l'Ecole franco-italienne et ses variantes, une opinion plus ou moins isolée mais peut-être d'autant plus méritoire. Notons encore que Vareilles-Sommières insiste particulièrement sur la recherche du *motif* du caractère impératif de certaines lois. Pour l'analyse de l'ordre public en droit international privé, c'est justement cette idée qui, avant toute autre, retient notre attention. Il est vrai que M. Pillet en parle également, d'une façon assez ressemblante d'ailleurs, lorsqu'il étudie *le but social de la loi*; mais cet auteur en tirera des conclusions générales sur l'application des lois dans l'espace, même en dehors de leur assiette territoriale que nous ne saurions suivre intégralement. En effet, M. Pillet construit tout son système

11. *De la Notion de la territorialité*, Clunet, 1902, p. 208.

12. Voir aussi du même auteur : *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, 1899.

dans l'abstrait, dans l'*a priori* et dès l'instant qu'il agit de transporter ses règles dans la pratique, de tout le système de cet auteur il ne reste plus que son « but social des lois », c'est-à-dire ses constatations empiriques, la méthode à *posteriori*, qui, à notre avis, peut seule nous fournir des résultats tangibles.

Des deux tendances, personnalité et territorialité, nous préférons certainement la seconde parce qu'elle correspond beaucoup mieux aux contingences de la réalité et exprime mieux l'image de la vérité. Nous convenons que ceci n'est pas un raisonnement juridique, mais il est évident que le juge applique infiniment plus de lois territoriales aux étrangers qu'il ne leur applique de lois étrangères, c'est-à-dire leurs lois nationales. Pour cette même raison nous croyons aussi que le principe de la territorialité tempérée, tel qu'il a été pratiqué à l'époque de la doctrine des statutaires, est plus près de cette réalité que nous voudrions ne jamais perdre de vue à l'occasion de l'étude de l'ordre public dans les conflits de lois. L'ancienne pratique, en effet, était bien plus libérale que ne l'était la doctrine; cette dernière, somme toute, n'était que le besoin de trouver une théorie pour expliquer la jurisprudence et l'on peut généralement remarquer que la doctrine est bien plus exigeante et plus tranchante que la pratique¹³. Quels que soient les arguments qu'on invoque en faveur de la personnalité du droit, cette vérité, empruntée *grosso modo* aux statutaires, reste acquise : il y a des « statuts » territoriaux qui s'appliquent exclusivement à toutes autres lois et leur application est continue et semble parfaitement normale. Si la législation du for contient des principes auxquels personne ne peut déroger, nous ne voyons pas comment il serait possible de dire, ainsi que le fait une grande partie de la doctrine — et nous allons y venir incessamment — que l'ordre public en droit international privé oppose parfois une exception à l'application de la loi étrangère qui « serait normalement compétente ».

4. La théorie moderne de la personnalité aboutit à des

13. Laurent, auteur belge, est également partisan des « statuts ».

résultats « statulaires ». — L'exception dont nous venons de parler repose certainement sur un principe impératif de la législation interne, celle du juge. Ce principe, écrit ou non — nous l'avons appelé le motif d'ordre public — constitue justement un statut territorial et ce n'est malheureusement pas l'étude d'un système théorique qui nous révèle sa présence, mais seule la méthode expérimentale. Toute doctrine qui perd de vue cette vérité se condamne à la stérilité ou tombe dans le genre scolastique et arbitraire.

A différentes reprises nous avons été amenés à constater que la théorie moderne de la personnalité, basée sur la nationalité, mérite ce reproche plus ou moins selon les auteurs. Le gonflement caractéristique de la notion de l'ordre public que comporte cette doctrine, rend incertain, sinon hasardeux, le système de solution des conflits. Pour rendre compte de la difficulté, de la confusion du problème de l'ordre public, pour souligner son caractère variable dans le temps et dans l'espace, les juristes se trouvent être entièrement d'accord. Partant de l'*a priorisme*, ils sont acculés à l'impossibilité de continuer plus loin la route choisie et certains vont jusqu'à décharger la doctrine de la solution de la question pour la confier au juge, détruisant ainsi la théorie elle-même. Si, de l'autre côté, ils maintiennent cependant le principe de l'application à l'individu de sa loi nationale, ce principe se vide de sa substance, la plus grande partie des lois, même celles qui se rattachent au droit privé, tombant immédiatement sous le coup de l'ordre public, c'est-à-dire qu'elles sont territoriales. En affirmant malgré cela la règle de la personnalité, les auteurs ont simplement commencé à *énumérer les exceptions*¹⁴. Non seulement, ainsi qu'on l'a dit¹⁵, les exceptions que l'ordre public apporte à ce système, sont d'une importance telle qu'elles noient la règle, mais, en plus et de l'avis même de cette doctrine, l'ordre public est un phénomène tellement instable qu'il est surprenant que le système de droit inter-

14. Peu importe le détail de cette *méthode énumérative*, qui consiste à signaler toutes les règles d'ordre public. Dès le début de la doctrine nous la pressentons déjà chez Esperson, *op. cit.* Plus tard chez Bustamante (*El. Orden Publico*, La Havane, 1893); aussi chez Weiss, Fiore, Pillet.

15. Niboyet, *Manuel*, n° 453, p. 533. Arminjon, *Précis*, p. 80 : « Il aurait été sans doute moins long d'énumérer les lois qui ne sont pas d'ordre public ».

national privé, basé sur la conception de la personnalité du droit, continue à jouir de la faveur de la doctrine.

Il est vrai que dans l'Ecole franco-italienne classique la règle d'ordre public figure au même titre dans le système de solution des conflits de lois que celle de la loi nationale. Cela est vrai d'abord pour le droit public tout entier, pour la règle de la *lex rei sitae*, celle de la forme des actes, qui appellent toujours la compétence de la loi territoriale, c'est-à-dire celle du juge, lorsqu'il s'agit d'une disposition impérative de droit public de son pays, ou relative à une règle touchant à la forme d'un acte conclu dans le territoire législatif ou se rapportant à une chose qui s'y trouve. Dans ces conditions il devient difficile de parler d'exceptions ; ce sont simplement d'autres règles. A quelques détails près, ce résultat ressemble singulièrement à la pratique des statutaires et point n'était besoin de faire ce grand chemin pour y arriver. Comme dit M. Niboyet, ce sont des exceptions *permanentes* et *normales* ; pour cet auteur, l'ordre public en droit international privé ne devrait justement ni être normal ni permanent. Les deux sections suivantes feront l'objet de cette proposition.

Section II. Du rôle normal ou exceptionnel de l'ordre public en droit international privé.

1. *Application normale de l'ordre public dans le système de M. Pillet.* — Dans un système de la personnalité du droit comme celui de l'Ecole franco-italienne classique, il est naturel que l'ordre public joue le rôle d'exception. La loi nationale de l'individu devant s'appliquer en principe, l'ordre public du for s'y oppose pour lui substituer une règle territoriale. Nous avons assez longuement élucidé ce point pour n'être pas obligé d'y revenir. Les tentatives plus ou moins poussées d'énumération des cas d'ordre public, que la conception de la personnalité du droit devait fatalement engendrer, ne constitue qu'une réédition des statuts réels et personnels des statutaires. On n'a qu'à remplacer le mot « territorialité » par le terme de « personnalité » et ce rapprochement est d'autant moins paradoxal que

le résultat de la doctrine franco-italienne ne révèle pas autre chose que ces deux catégories de règles, territoriales et personnelles. Il est d'un intérêt parfaitement secondaire que de savoir que cette doctrine n'a concédé qu'à contre-cœur, si l'on peut dire, cette place importante que l'on fait aux lois strictement territoriales; si ces dernières sont réputées des exceptions par rapport aux lois nationales des individus, ces exceptions sont aussi normales qu'elles sont permanentes. On ouvre le grand livre de droit international privé de la théorie italienne : à l'actif est inscrit la règle générale (personnalité du droit) et au passif les exceptions (territorialité d'une certaine catégorie de lois). Mais les deux éléments se tiennent et tout serait parfait à condition de pouvoir évaluer exactement la somme du passif, puisqu'on connaît celle de l'actif. On s'imagine facilement que la critique est d'accord pour souligner le fait qu'il est impossible d'épuiser jamais l'énumération des lois territoriales en raison de la multiple variabilité de l'ordre public.

En dehors des auteurs qui suivent franchement la vieille tradition statutaire, adaptée bien entendu au commerce juridique moderne, cet ordre public considéré comme exception à l'application de la loi étrangère « normalement compétente », joue un rôle prépondérant dans la doctrine, même dans celle — et c'est cela qui est surprenant — qui déclare se séparer nettement des conceptions de droit international privé de l'Ecole franco-italienne. Un seul auteur d'importance a des idées particulières et personnelles sur ce problème; aussi se place-t-il quelque peu à l'écart : c'est M. Pillet.

Pour lui, l'ordre public est d'une application parfaitement normale et voici pourquoi¹⁶. « Se référant à la fameuse répartition des lois, d'après leur but social, en lois générales, c'est-à-dire applicables à tous, mais seulement à l'intérieur des frontières de l'Etat, et en lois permanentes, c'est-à-dire applicables seulement aux nationaux, mais même s'ils sont à l'étranger, il déclare que les lois d'ordre public sont

16. Pillet, I, *Principes de Droit international privé*, Paris, 1903, nos 182-222. II, *De l'ordre public en Droit international privé*, Grenoble, 1890. III *Traité pratique de D. I. P.*, p. 110 et suiv.

tout simplement les lois générales, c'est-à-dire les lois si essentielles que l'Etat sent la nécessité d'en imposer systématiquement le respect à tous, aux étrangers comme aux nationaux... Le caractère d'ordre public ne fait que justifier la compétence naturellement territoriale de certaines lois¹⁷. » Une remarque s'impose à cette place. Le « but social » dont parle M. Pillet, est quelque chose d'approchant du « motif d'ordre public » sur lequel nous avons insisté à différentes reprises, sans toutefois s'identifier entièrement avec lui; il en est différent au moins dans les conclusions que nous en tirons; nous y avons déjà fait allusion.

Le motif, c'est l'explication empirique, l'examen critique et tout *a posteriori* de l'idée première qui a pu inspirer le législateur ou le juge, d'affirmer la volonté législative et d'exclure ainsi la volonté individuelle et éventuellement et subsidiairement l'application de la loi étrangère. Si l'expression, « ordre public », est toujours la même, le motif, au contraire, varie à l'infini et c'est sur lui que se mesure la force et l'ampleur de l'ordre public. Le « but social » tranche, pour ainsi dire, une question plus brutale et plus simple, celle de savoir si une loi est générale ou permanente. Lorsqu'on sait la signification du terme « loi permanente » dans la théorie de M. Pillet, c'est-à-dire une loi qui doit suivre les nationaux à l'étranger, on est quelque peu surpris des résultats auxquels conduirait l'application du principe que seul les lois générales sont d'ordre public. A supposer par exemple qu'on ait dégagé le but social d'une disposition telle qui fixe l'âge de la majorité à 21 ans et qu'on ait conclu au caractère permanent. Elle s'exclut, en conséquence, de la catégorie des lois générales, c'est-à-dire d'ordre public. Or, nous savons que la plupart des règles concernant l'état et la capacité des individus sont justement d'ordre public. En plus, en notre matière, avant que ne se pose la question de la territorialité ou de la personnalité, il faut d'abord savoir si le législateur a bien voulu édicter une règle impérative, d'ordre public, ou si l'on est simplement en présence d'une

17. Louis-Lucas, Remarques, *op. cit.*, p. 401.

règle écludable, supplétive¹⁸. Le but social peut bien répondre à cette question, il peut même, pour employer la terminologie de Pillet, décider de la permanence ou de la généralité d'une loi, mais il ne s'agit plus alors du diagnostic précis de l'ordre public, mais tout simplement de la théorie générale des conflits de lois, et l'auteur a été effectivement victime de cette confusion : l'ordre public se trouve parmi les lois permanentes aussi bien que parmi les lois générales.

Malgré que M. Pillet ait commencé par expliquer les deux caractères possibles d'une loi, la généralité ou la permanence, en raisonnant en droit interne pur, nous avons cependant l'impression que, ce faisant, il n'ait eu en vue que le seul droit international, qu'il soit tombé dans la même erreur que la plupart des auteurs de l'Ecole franco-italienne¹⁹, d'où cette trop vaste généralisation, voire imprécision en ce qui concerne l'ordre public, d'où aussi, lorsqu'il s'agit de préciser cette notion, la suprême ressource de l'énumération d'avance des cas d'ordre public.

Ajoutons que dans le système de M. Pillet, l'application normale de l'ordre public est très logique ; d'après la définition de l'auteur même, cette notion ne s'attache qu'aux lois générales et l'essence de celles-ci consiste justement dans leur compétence normale dans l'étendue du territoire législatif.

2. *La doctrine de l'exception d'ordre public.* — En dehors de M. Pillet la plupart des auteurs voient dans l'ordre public, au moins lorsqu'il joue sur le terrain des conflits de lois, un phénomène, une fonction exceptionnelle. Ces auteurs, même s'ils affichent des opinions apparemment différentes, voire contraires à celles de l'Ecole franco-italienne ont cependant subi l'influence profonde de l'idée de la personnalité du droit de cette dernière. On a abandonné l'axiome de l'application absolue de la loi nationale telle qu'elle a été proclamée par les primitifs de l'Ecole italienne. On est revenu quelque peu vers les idées de Savigny et

18. Voir Louis-Lucas, Remarques, *op. cit.*, p. 401.

19. Voir *supra*, p. 69 et suiv.

particulièrement vers celle concernant son « siège du rapport de droit »; il s'agissait moins d'affirmer la compétence d'une loi unique que de « déterminer, pour chaque rapport de droit le domaine de droit le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport²⁰; c'est la loi du siège de ce rapport qui sera compétente.

C'est dans cet ordre d'idées que M. Niboyet, en parlant de l'Ecole italienne, s'exprime ainsi : « Dans presque toutes les matières où l'Ecole franco-italienne fait intervenir l'idée de l'ordre public, jamais la loi nationale de l'individu ne s'applique ni ne sera théoriquement susceptible de s'appliquer²¹. » Cela veut dire que l'ordre public n'interviendra effectivement dans les conflits de lois que pour repousser l'application de la loi étrangère lorsque celle-ci est théoriquement compétente. C'est la formule moderne la plus généralement admise du rôle de l'ordre public en droit international privé.

Zitelmann²² qui pourtant est un fervent de la théorie de la compétence de la loi du siège de droit, la théorie des points de contacts, dont le germe se trouve déjà dans la doctrine de Savigny, définit sa « clause réservée » dont il est l'inventeur, de la façon suivante : les termes de *Vorbehalt-Klausel* signifient que certaines dispositions du droit étranger, en soi applicable au rapport de droit, ne doivent pas être appliquées et que certaines règles du for, en soi inapplicables au rapport de droit, seront appliquées exceptionnellement. La conception de M. Niboyet ne diffère pas de beaucoup de la précédente. Cet auteur — nous l'avons vu dans notre première partie — nie même l'existence et l'utilité de l'ordre public en droit interne et dans ceux des conflits de lois dont la solution indique à l'avance la compétence de la loi territoriale comme par exemple la règle de la *lex rei sitae*, la loi qui régit la forme des actes; ces lois sont normalement compétentes et n'ont rien à voir avec le problème de l'ordre public, tout au plus pourrait-on parler ici, d'après cet auteur, de lois impératives. Mais nous savons ce qu'il en est de cette prétendue discri-

20. Arminjon, *Précis*, p. 69.

21. Niboyet, *Manuel*, p. 533, n° 434.

22. Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, Leipzig, 1914.

mination entre les lois impératives et les lois d'ordre public qui, en réalité, ne forment qu'une seule catégorie de dispositions.

Donc, pour M. Niboyet, le seul ordre public qui ait vraiment droit à cette appellation, est celui qui sert directement et d'une façon entièrement indépendante de base à un conflit de lois. C'est lui seul qui détermine la compétence d'une règle territoriale pour s'appliquer à une situation malgré que, *théoriquement*, cette compétence aurait dû revenir à une loi étrangère : c'est un remède à l'application de la loi étrangère normalement compétente. L'auteur appuie sa thèse sur des considérations qui constituent une sorte de prolongement des idées qui ont été développées par Savigny et Bartin, à savoir la communauté juridique tacite entre Nations civilisées, d'où possibilité d'appliquer sur le territoire de l'une des lois de l'autre. Ce système est vraiment par trop abstrait, d'une utilité pratique contestable et il a d'ailleurs été réfuté²³. Pour M. Niboyet, ce n'est plus une pensée d'équivalence de civilisation, faisant défaut entre deux nations qui empêche (c'est l'ordre public qui obtient ce résultat) la pénétration mutuelle des lois, mais entre institutions juridiques déterminées, entre cas d'espèce. L'Italie par exemple n'accordera pas le divorce aux époux français, parce qu'il n'y a pas d'équivalence entre le principe italien de l'indissolubilité du mariage et la loi française sur le divorce. Quoique statut personnel, le juge italien y opposera le remède, l'exception d'ordre public. Nous critiquerons plus loin cette façon de considérer le problème, qui procède, quoique son auteur s'en défende, de la personnalité du droit de l'Ecole franco-italienne.

Quant à M. Louis-Lucas il élargit considérablement le domaine de l'ordre public : celui-ci existe en droit interne aussi bien qu'en droit international privé. Nous avons déjà vu que, pour cet auteur, la notion de l'ordre public en droit interne sert simplement à renforcer une loi normalement compétente, c'est-à-dire de la soustraire à la volonté individuelle; il en est de même dans les conflits de celles des lois impératives internes, que le « système de solution »

23. Voir particulièrement : Arminjon, *Précis*, t. I, p. 71 et suiv.

désigne toujours comme normalement compétentes dans le territoire législatif, par exemple la *lex rei sitae*, *locus regil actum*, etc. Mais, et c'est là que se fait toujours sentir l'influence de la doctrine italienne ou plus généralement la conception de la personnalité du droit, l'ordre public, principalement dans les conflits de lois joue un second rôle qui consiste à écarter la loi étrangère compétente pour lui substituer une règle territoriale incompétente en droit²⁴; c'est l'exception d'ordre public de M. Niboyet. Cependant la thèse de M. Louis-Lucas est plus complète que celle du premier auteur, car là ne s'arrêtent pas ses explications et elle ne serait qu'imparfaitement rendue si on ne relatait pas cette autre idée qui parachève sa synthèse de l'ordre public : Pratiquement, dit-il, l'ampleur de l'ordre public se manifeste de trois façons : il y a un *ordre public spécial aux nationaux*. Ce sont les lois impératives dont le législateur désire qu'elles s'appliquent d'une façon continue à ses sujets même à l'étranger comme la disposition de l'âge de la majorité et plus généralement celles qui se rapportent à la condition des personnes ; ici, *l'application de l'ordre public est normale et continue*. En deuxième lieu il y a l'*ordre public général*, celui qui s'applique à tout le monde sur le territoire ; aucune difficulté lorsqu'il s'agit de l'appliquer aux nationaux : il est normal et continu. Mais quant aux étrangers, tout dépend de la solution théorique du conflit de lois : si la loi territoriale est compétente, l'application de cet ordre public général aux étrangers sera normal et parfois même continue (par exemple une hypothèque conclue à l'étranger entre étrangers sur un immeuble situé en France). Tout au contraire si d'après le système de solution des conflits, la loi étrangère était compétente, l'ordre public jouera le rôle d'exception qu'on opposera à l'application de la loi étrangère et ce rôle sera alors anormal et tout local. L'arabe égyptien ne pourra pas contracter un deuxième mariage en France (compétence de principe du statut personnel), notre ordre public général s'y opposant, mais il pourra le faire en retournant dans son pays (localisation). Enfin, il y a, dans la conception de M. Louis-Lucas,

24. Remarques, *op. cit.*, p. 403 et suiv.

un *ordre public spécial aux étrangers* qui s'applique seulement aux étrangers qui résident en France. Celui-ci renforce simplement des dispositions légales qui ne visent que les étrangers, comme des mesures de police, etc. : cet ordre public est normal et tout local²⁵. Abstraction faite du dernier cas d'ordre public, celui qui est spécial aux étrangers et qui rentre davantage dans le droit public que dans le droit privé²⁶, la conception de cet auteur, basée sur des observations réelles et très justes, constitue une sorte de synthèse des idées de M. Pillet sur la généralité et la permanence des lois²⁷.

Ce qui, pour le moment, retient avant tout notre attention, c'est l'examen des termes employés par les auteurs que nous venons de citer, c'est-à-dire le caractère toujours (M. Niboyet) ou parfois (M. Louis-Lucas) exceptionnel de l'ordre public; nous parlerons dans une section spéciale de l'idée de continuité de l'ordre public.

Donc, pour ces auteurs, l'ordre public, lorsqu'il intervient dans les conflits de lois, comporte presque toujours un événement exorbitant, exceptionnel. Pour M. Niboyet même, le seul domaine possible de cette notion est fait d'exceptions tandis que M. Louis-Lucas fait la part des choses : tantôt application normale, tantôt application exceptionnelle. Le seul reproche que l'on puisse faire à cette affirmation, reproche qui s'étend d'ailleurs à toute conception *d'a priori* du droit international privé basé sur la personnalité du droit, c'est qu'elle reste à prouver.

3. *Comparaison avec l'ordre public en droit interne et réfutation de l'exception d'ordre public.* — En droit interne, dit notamment M. Louis-Lucas, l'ordre public ne joue généralement d'autre rôle que celui de rendre inéludable une loi normalement compétente. Mais nous avons vu plus haut²⁸, que *l'ordre public soulevait justement la question préjudicielle, à savoir laquelle des lois il fallait considérer comme normalement compétente*. Ce n'est pas seulement une diffi-

25. Voir Louis-Lucas, Remarques, *op. cit.*, p. 413 et suiv.

26. Voir *infra*, p. 138 et suiv.

27. Il ne s'agit, ici, non pas de la conception de M. Pillet sur l'ordre public, mais sur son analyse du caractère ou général ou permanent des lois, c'est-à-dire sur sa conception des conflits de lois.

28. Voir *supra*, p. 29.

culté de détail dans l'application d'un grand principe, c'est le principe lui-même. Pour citer un exemple on peut dire qu'incontestablement l'article 1134 du Code civil proclame un principe fondamental, la liberté de la volonté individuelle, le pouvoir de cette volonté individuelle de faire des conventions qui ont force de loi. Une clause d'inaliénabilité dans un contrat peut cependant être frappée de nullité parce qu'on a interprété l'article 537, qui dit que les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, dans un sens politique; on a cru que derrière ce texte se trouverait la prohibition des substitutions déguisées, etc.²⁹, et on l'a déclaré d'ordre public. C'est très bien d'interpréter cette disposition de cette façon — nous avons vu qu'on peut toujours déclarer un texte d'ordre public³⁰ —, mais il demeure néanmoins vrai, que par rapport au principe fondamental, celui de l'article 1134, qui accorde à la volonté individuelle le droit de créer des lois particulières, l'intervention de l'ordre public en droit interne dans le sens que nous avons précisé, constitue une manifestation exceptionnelle. Que se passe-t-il en réalité?

Une situation juridique déterminée, en l'occurrence une clause d'inaliénabilité dans un acte de volonté individuel, peut être régie par deux lois concurrentes selon l'interprétation que l'on donne aux textes; le choix peut tomber sur l'une aussi bien que sur l'autre des deux dispositions, ou l'article 1134 ou l'article 537, le premier établissant la règle et le deuxième l'exception. L'ordre public n'est pas simplement un renforcement de l'article 537, il décide franchement et souverainement lequel des textes doit s'appliquer. Exactement comme en droit international privé, il décide de l'application de telle loi, de préférence à telle autre et c'est la loi sur laquelle l'ordre public a fixé son choix qui est normalement compétente.

Il ne servirait à rien de commencer par proclamer la compétence de la loi individuelle (art. 1134) pour lui opposer ensuite l'exception (art. 537). D'ailleurs, en droit interne

29. Voir *supra*, p. 29.

30. Voir *supra*, p. 25.

pur, il ne viendrait à l'idée de personne de procéder ainsi et cela en raison de la séculaire pratique du droit civil. La longue expérience qu'on a acquise dans cette branche du droit n'a pas laissé de place à des *a priori* théoriques; l'ordre public qui s'attache à l'article 537 est un fait, un point c'est tout, peu importe qu'il fasse ou non exception à un grand principe. Or, si en droit international privé l'ordre public peut opposer une prétendue exception à la loi étrangère soi-disant normalement compétente, il le fait absolument au même titre que dans l'exemple de droit interne que nous venons de citer.

Un esprit subtil — et Dumoulin ne l'a-t-il pas fait — pourrait voir dans toutes les interventions de l'ordre public en droit interne des manifestations exceptionnelles, puisque le principe est que la volonté individuelle doit régner en souveraine maîtresse en matière contractuelle et nous savons que l'intervention de l'ordre public suppose toujours un acte de volonté individuelle préalable, au moins en droit interne. Cet acte de volonté ne s'exerce-t-il pas justement presque toujours dans les contrats? Mais point n'est besoin de compliquer le problème de la sorte, ni en droit interne, ni en droit international privé. Dans ce dernier domaine, tout le raisonnement de MM. Louis-Lucas, Niboyet, Zitelmann, etc., se base au fond sur le grand principe de la personnalité du droit comme il serait possible de baser tous les actes de la volonté individuelle sur la règle fondamentale de l'autonomie de la volonté. Mais nous venons de voir ce qu'il en était de cette exception d'ordre public.

4. *Le rôle de l'ordre public est toujours normal.* — Dire, en matière de conflits de lois, que l'ordre public est un remède à l'application de la loi étrangère normalement compétente, y oppose une exception, c'est simplement et tacitement reconnaître la conception d'*a priori* théorique que l'on se fait du droit international privé, c'est avouer qu'on est partisan de la personnalité du droit. M. Niboyet s'exprime d'ailleurs clairement là-dessus lorsqu'il déclare que, pour pouvoir parler d'ordre public, on doit supposer « que l'on est dans une hypothèse où l'on

devrait normalement appliquer la loi étrangère³¹ » et de même chez M. Lucas quand il dit : «... il (l'ordre public) écarte la règle juridiquement applicable pour lui substituer une règle inverse. Son rôle apparaît alors comme délibérément anormal³² ».

Si l'on considère cette affirmation sous l'angle de la pratique judiciaire qui, sans autre argumentation que le pur fait, applique simplement la loi territoriale, on arrive à cette conclusion que le rôle exceptionnel de l'ordre public dans certains conflits de lois ne constitue qu'une pétition de principe. En droit interne aussi bien qu'en droit international privé, selon que l'on base le droit privé sur quelques grandes conceptions d'une portée toute générale, comme le principe de l'autonomie de la volonté individuelle pour le droit interne ou celui de la personnalité du droit pour les conflits de lois, le rôle de l'ordre public doit logiquement prendre une forme exceptionnelle. Il est vrai qu'on a atténué, même en théorie, le principe de la personnalité du droit; ainsi tout le droit public, la *lex rei sitae*, la loi de la forme des actes etc. ont été définitivement rayés de la personnalité du droit. Mais il est très possible de faire des retranchements analogues en droit interne pur, en affirmant par exemple que dans le domaine de la condition des personnes l'ordre public est d'une application normale, tandis qu'en matière contractuelle, qui est régie par la règle fondamentale de l'autonomie de la volonté, son intervention prend un aspect exceptionnel.

De quelque façon que l'on envisage le problème, on ne peut se défendre contre la découverte d'incontestables analogies entre le droit privé interne et international et l'existence de cette liaison étroite entre les deux branches de droit se trouve encore fortifiée par la constatation que nous avons faite plus haut, à savoir que l'ordre public ne peut surgir inopinément dans les conflits de lois sans révéler sa présence, au même endroit, en droit interne. L'exemple suivant, que nous empruntons à un arrêt récent, va illustrer cette idée³³. La convention de gage, passée en

31. Niboyet, *Manuel*, n° 430, p. 527.

32. Louis-Lucas, Remarques, *op. cit.*, p. 405.

33. C. cass. Req., 24 mai 1933, *Revue critique de Droit international privé*, 1934, p. 142.

Allemagne, conformément à la loi de ce pays, mais qui contient un pacte commissaire, permis dans le droit allemand, ne peut produire d'effets en France sur des meubles qui s'y trouvent. En l'occurrence le créancier était allemand et le débiteur français et le contrat a été conclu en Allemagne. Tout militait en faveur de l'application de la loi allemande, choix présumé de cette loi par les parties (siège du droit, autonomie de la volonté). Malheureusement le gage se trouvait en France et la législation française n'admet pas le pacte commissaire, l'article 2078 alinéa 2 le défend de la façon la plus formelle et cette défense est considérée comme d'ordre public³⁴, tout au moins pour les choses qui se trouvent situées sur le territoire français. Voilà l'aspect international de l'ordre public de ce texte. En droit interne, le problème n'est pas différent. « La nullité de toute clause autorisant le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités prescrites par l'article 2078 est d'ordre public », dit notamment un arrêt³⁵. Ce serait vraiment curieux de vouloir prétendre que dans ce dernier cas l'intervention de l'ordre public est normale, tandis que dans le premier elle est exceptionnelle. Nous avons intentionnellement choisi cet exemple dans la solution d'un conflit qui indique la loi territoriale comme normalement compétente (*lex rei sitae*). Mais nous ne pouvons découvrir une différence de nature entre cette solution et celle où l'ordre public intervient pour rendre compétente une loi territoriale concernant la condition des personnes, dans l'hypothèse où cette règle territoriale s'applique à des étrangers. Rappelons, une fois de plus, l'exemple suivant : Dans notre première partie nous avons dégagé la raison, à la vérité assez complexe, du caractère d'ordre public des dispositions concernant les obligations alimentaires entre proches parents, à savoir le désir du législateur d'éviter à la Société d'assumer la charge des indigents. Or, chaque fois qu'une loi étrangère n'organisera point ou pas d'une façon suffisante cette obligation alimentaire, c'est la loi française qui s'appliquera aux étrangers résidant en France

34. Voir *supra*, p. 51.

35. Civ. c., 4 mars 1902, D. P. 1903.1.215.

et peu importe que l'on se trouve sur le terrain de la *personalité du droit*³⁶. Le motif d'ordre public de ces textes est normal du moment que le législateur le juge nécessaire et la règle étrangère qui était en contradiction avec lui n'a jamais pu élever la prétention à être appliquée. Cela nous fait d'ailleurs penser à la disposition des articles combinés 1131 et 1133 du Code civil, jouant en droit interne, où il est dit que l'obligation, basée sur une cause illicite, c'est-à-dire contraire à la loi, prohibée, est nulle. De même ici, la loi nationale de l'individu ne peut s'appliquer en France, même si elle rentre dans la catégorie réglant la condition de la personne (article 3 alinéa 3 argument *a contrario*), si elle est en contradiction avec un motif d'ordre public français. Rien d'anormal ni dans l'une ni dans l'autre hypothèse et les soi-disant deux possibilités différentes d'intervention de l'ordre public, normale et exceptionnelle, se fondent, en réalité, sur un même et unique principe, le motif d'ordre public qui relève éminemment de la législation interne. Aucun Français ni aucun étranger n'obtiendra jamais d'un juge français d'être relevé de l'obligation alimentaire prescrite par la loi. Il nous semble difficile de faire une différenciation dans le rôle de cet ordre public selon qu'il tourne son activité vers le droit interne pur ou vers le droit international privé.

5. *Rationnellement cette exception d'ordre public est indéfendable.* — Si l'on envisage maintenant le problème non plus du point de vue théorique, mais purement rationnel, la conception de l'ordre public dans le sens d'une exception, d'une application anormale dans les conflits de lois est encore moins défendable. Il est effectivement permis de

36. L'appréciation relève du libre arbitre du juge. Il pourra parfaitement prendre en considération la situation de fortune du débiteur de l'obligation alimentaire; cela n'est nullement en contradiction avec le motif que nous avons dégagé. Ainsi, l'épouse étrangère résidant en France jouit d'un crédit plus ou moins adéquat à la situation de fortune du mari. Or, à supposer que la loi nationale de ce dernier n'organise que d'une façon imparfaite l'obligation alimentaire au profit de la femme, cela permettrait à celle-ci d'en abuser et c'est encore, en quelque sorte, la Société française qui en supporterait les conséquences dommageables, ce qui est inadmissible, d'où l'intervention de l'ordre public. Voir Seine, 8 avril 1930, *Revue de Droit international privé*, 1930, p. 462, etc. Toute la jurisprudence est très ferme dans ce sens.

se poser la question à quoi il peut bien servir d'employer cette terminologie. Si le juge italien refuse d'accorder le divorce aux époux français, en raison de son principe de l'indissolubilité du mariage, si le juge français ne peut divorcer des époux allemands pour cause d'aliénation mentale de l'un des conjoints, parce que d'après le droit français le divorce ne peut avoir pour cause qu'une faute, en quoi est-il utile de mêler un postulat théorique, la personnalité du droit, à une exigence pratique. Le législateur français considère que le mariage relève de la morale publique et particulièrement cette exigence de la faute commise par un des conjoints pour pouvoir permettre à l'autre de demander le divorce; une question de morale ne peut se poser d'une façon différente et pour les nationaux et pour les étrangers. Le juge français refusera aux Français le divorce pour cause d'aliénation mentale et il en fera de même et au même titre vis-à-vis des étrangers. Au delà de la limite de la faute, dans notre hypothèse, c'est l'illicéité, la défense, la prohibition et en quoi serait-il plus exceptionnel d'appliquer cette prohibition aux étrangers que n'importe quelle loi pénale : il y a une prohibition, c'est tout.

Le reproche que M. Niboyet adresse ainsi à l'Ecole franco-italienne classique, à savoir que dans cette doctrine l'ordre public constitue une *exception permanente* au principe de la personnalité, que « jamais la loi nationale de l'individu ne s'applique ni sera théoriquement susceptible de s'appliquer ... que c'est l'intervention d'un véritable principe³⁷ », se retourne contre sa propre théorie. De quelcôté que l'on se mette pour examiner la question, l'ordre public signifie toujours l'intervention d'un principe, écrit ou non, de la législation territoriale, contre lequel jamais la loi étrangère d'un contenu opposé à ce principe « territorial » ne s'applique ni n'aura jamais été théoriquement susceptible de s'appliquer. En plus, même en admettant la théorie de l'ordre public considéré comme exception, cette exception est éminemment permanente. Jamais, pour raisonner sur l'exemple que nous venons de citer, et aussi longtemps tout au moins que le législateur français

37. Niboyet, *Manuel*, n° 434, p. 534.

tiendra à cette conception, un individu, Français ou étranger, n'obtiendra le divorce en France s'il n'est pas en mesure d'appuyer sa demande sur une faute de son conjoint. Or, le terme « jamais » n'évoque-t-il pas essentiellement la permanence ?

Section III. — La notion de permanence dans la théorie de l'ordre public.

1. *La signification de cette expression.* — L'introduction, dans la théorie de l'ordre public, de cette autre locution, celle de la permanence, n'est pas plus heureuse que l'exception d'ordre public que nous venons de réfuter. L'idée de permanence de l'ordre public peut non seulement conduire à des méprises lorsqu'il s'agit d'intégrer cette notion dans la pratique juridique, mais elle peut aussi amener à des désillusions dans le domaine international, c'est-à-dire dans les conflits de lois, si l'on ne prend pas la précaution de définir, au préalable, sa véritable portée.

Le germe de cette terminologie se trouve dans l'article 3 alinéa 3 du Code civil qui dit, nous le savons, que les lois concernant l'état et la capacité s'appliquent aux Français, *même résidant à l'étranger*. Or, M. Pillet a tiré de là ces fameuses lois permanentes et nous savons comment il a été victime d'une confusion lorsqu'il voulait appliquer sa théorie au problème de l'ordre public : les lois permanentes, d'après lui, ne sont pas d'ordre public, seules les lois générales ont ce caractère³⁸. M. Louis Lucas s'est placé à un point de vue quelque peu différent. Faisant sienne la théorie générale de Pillet en ce qui concerne la classification des lois, en lois générales et lois permanentes, il repousse, par contre, la conception de l'ordre public de cet auteur. Pour lui, cette notion se rencontre en réalité et au même titre dans les deux catégories de lois. En conséquence, M. Louis-Lucas arrive à cette conclusion très logique que l'ordre public, lorsqu'il s'attache à une loi permanente, est également permanent dans son application ou, et cette façon

38. Voir *supra*, p. 107.

de s'exprimer est encore meilleure, sur le plan international, la règle est d'une application permanente justement parce que l'ordre public est permanent. Si l'on se rend compte de la signification exacte du *terme*, voulant dire, ici, qu'il s'applique même à l'étranger, on est vraiment en droit de se demander si cette affirmation ne contient pas un postulat, qui, dans la pratique et à l'occasion d'un examen approfondi, ne risque de se trouver en fort mauvaise posture. Rien n'empêche, bien entendu, le législateur français de décréter que telle disposition s'appliquera à ses nationaux même résidant à l'étranger, mais il est une autre question que de savoir jusqu'à quel point ce principe sera effectivement appliqué?

2. *La permanence de l'ordre public ne peut être que territoriale.* — Observons tout d'abord que ce problème de la permanence des lois³⁸ ne peut concerner que les règles impératives. Ce sont celles-ci seulement que le législateur peut vouloir appliquer en dehors de ses frontières politiques. Une règle supplétive pouvant être écartée par la simple volonté particulière, il serait incompréhensible que la volonté législative se prononce dans le sens d'un prolongement dans l'espace des dispositions permissives. Les individus étant libres d'écarter ces dernières, ils peuvent le faire de différentes façons, en exprimant d'abord clairement leur volonté dans ce sens ou tacitement en s'en allant à l'étranger. En conséquence, la notion de permanence dans les conflits de lois est intimement liée à celle de l'ordre public. Mais comment se trouve-t-elle réalisée?

Certainement pas d'une façon aussi absolue que pourraient le faire croire et la rédaction catégorique de l'article 3 précité et les affirmations doctrinales. M. Louis-Lucas par exemple, formule ainsi ce principe : « Cet ordre public (spécial aux nationaux et dont nous parlerons d'ailleurs dans un chapitre suivant) est en outre continu... *il faut qu'il ne meure pas aux frontières*, qu'il s'attache aux pas de ses ressortissants, qu'il les contraigne en quelque lieu qu'ils se trouvent³⁹. » Voilà l'affirmation du principe ; à la lumière

39. Louis-Lucas, *Remarques*, *op. cit.*, p. 419.

des faits pourtant il se réduit considérablement. En effet, l'application de cet ordre public ne peut être continu, dépasser les frontières qu'à la condition de ne pas heurter une disposition d'ordre public de la législation étrangère, dans le ressort de laquelle réside le Français, à supposer que nous nous trouvions dans l'hypothèse de l'article 3 de notre Code civil. Ainsi, la faculté pour les époux français de divorcer est indéniablement d'ordre public et elle rentre certainement dans la condition des personnes. Pour peu que ces époux résident en Italie, la continuité de l'ordre public se trouve infirmée parce que le juge italien ne leur accordera pas le divorce. De même la disposition du législateur italien consacrant l'indissolubilité du mariage est d'ordre public en Italie et pour les Italiens résidant à l'étranger. Le juge hollandais les divorcera cependant parce que le législateur des Pays-Bas a élevé le principe du divorce, d'ordre public bien entendu, au-dessus des questions de nationalité et des lois d'origine; il a, en d'autres termes, consacré d'ordre public général toutes les lois hollandaises concernant le divorce.

De cette façon se trouve vérifiée cette affirmation que nous avons exprimée au début de notre étude et qui consiste à identifier l'essence profonde de l'ordre public avec une mesure de police, qui, pour être respectée, a besoin de la force coercitive du pouvoir politique de l'Etat⁴⁰. Nous ne pouvons, en conséquence, souscrire à la règle de M. Louis-Lucas qui veut croire que l'ordre public ne meurt pas ou pas toujours à la frontière de l'Etat pour poursuivre son action en pays étranger. Les exemples que nous avons cités et que l'on pourrait multiplier à l'infini démontrent au contraire que l'ordre public comme tel meurt aux frontières politiques de l'Etat. Pouvoir politique et ordre public sont, à notre avis, deux notions qui se confondent ou qui sont tout au moins trop intimement liées l'une à l'autre pour que l'ordre public puisse directement et indéfiniment poursuivre son action à l'étranger dans le sens de l'article 3, à un endroit et à un moment où le pouvoir politique a, depuis longtemps, perdu toute vitalité. *L'ordre public se*

40. Voir *supra*, p. 3.

cantonne à l'intérieur des frontières, il ne peut suivre l'individu à l'étranger. Ce que ce dernier emporte avec lui, c'est bien sa législation personnelle, mais dépourvue de l'ordre public, de la force coercitive. Le principe de l'article 3 se réduit à un simple désir du législateur, d'ailleurs difficile sinon impossible à fonder en théorie, étant donné qu'un désir ne peut être considéré comme une conception juridique. En conséquence, l'affirmation doctrinale, la permanence des lois de M. Pillet, la continuité de l'ordre public de M. Louis-Lucas, ne doit être exprimée qu'en spécifiant bien les réserves importantes que nous venons de formuler. Si, on a presque envie de dire « par hasard », tellement les conceptions juridiques sont différentes d'un pays à l'autre, le système de droit international privé de la législation étrangère, dans le ressort de laquelle réside le Français de notre hypothèse, est conforme à ce désir de notre législateur, à cette affirmation doctrinale, c'est-à-dire si la loi française sera effectivement appliquée, ce sera tant mieux. Mais il n'en serait ainsi que par la volonté du législateur étranger et non pas parce que l'article 3 de notre Code civil a disposé de la sorte. En parlant de l'application des mesures législatives dans l'espace, M. Arminjon dit : « Si cette loi est applicable, ce n'est pas en vertu de l'autorité de cette loi ou d'une qualité intrinsèque; si tel tribunal étranger est compétent, ce n'est point en vertu d'un pouvoir international dont disposeraient les représentants du système juridique dont ce tribunal est l'organe... C'est que cette loi est la meilleure et ce tribunal le plus apte à donner une bonne décision⁴¹. »

3. *Le principe de la permanence se complique de la théorie des droits acquis et de la fraude à la loi.* — Dans le cas où la solution du conflit de lois du pays étranger serait au contraire en opposition avec le principe de notre texte, soit pour une cause d'ordre public pure comme la législation italienne qui n'admettra pas le divorce, soit en raison du système général de solutions des conflits, comme par exemple le Français qui a son domicile en Angleterre et qui se

41. Arminjon, *Précis*, t. I, p. 269.

voit appliquer la loi anglaise, on pressent très bien que rien ne peut remédier à cet état de choses, que le texte est lettre morte, justement parce que l'ordre public ne l'accompagne plus, parce que le pouvoir politique a perdu ses droits. De ces faits, bien décourageants en vérité et qui, une fois de plus, dévoilent la relativité des théories en matière de droit international, peuvent naître des situations juridiques très complexes. Le mal n'est d'ailleurs pas considérable si la législation étrangère se contente de repousser purement et simplement une disposition française d'ordre public qui tombe sous le coup de l'article 3, le juge italien par exemple qui refuse le divorce aux époux français; s'ils veulent divorcer, ils n'ont qu'à le faire en France⁴². Si, au contraire, la législation étrangère sort de ce rôle tout passif, si elle ne se contente plus de défendre seulement, mais d'ordonner⁴³, c'est-à-dire de substituer à la loi française une loi locale, territoriale, par hypothèse en contradiction avec la loi française d'ordre public qui aurait dû s'appliquer, la situation alors s'aggrave singulièrement et cela démontre combien ce principe de permanence joue un rôle perturbateur dans les relations juridiques internationales. En effet, ce Français aura ainsi acquis un droit parfaitement régulier d'après la législation étrangère, sous l'empire de laquelle il était placé, au moment de l'acquisition, soit volontairement, soit fortuitement. Or cette acquisition, ce droit est en contradiction avec notre ordre public qui, toujours d'après l'article 3, aurait dû suivre l'individu à l'étranger. Si la loi étrangère a été appliquée fortuitement, ce sera simplement un droit acquis; si l'individu s'est placé volontairement dans la situation qui appelle l'application de la loi étrangère, uniquement dans le but d'échapper à une règle impérative de son législateur, ce sera la fraude à la loi. Droits acquis et fraude à la loi ne se différencient que sur un seul point : un droit simplement acquis ne comporte, dans cette acquisition, aucune intervention de la volonté individuelle de la part du titulaire du droit, tan-

42. C'est pour plus de facilité terminologique, pour éviter des confusions de locutions identiques pouvant s'appliquer dans des sens différents que nous raisonnons sur un exemple concret qu'on peut généraliser.

43. Voir Niboyet, *Manuel*, n° 445, p. 551.

dis qu'un droit acquis en fraude à une loi d'ordre public suppose cet élément de volonté individuelle.

Nous constatons ainsi que ni la permanence des lois, ni la continuité de l'ordre public ne font partie de la question directe, du problème central de l'ordre public. C'est d'une façon oblique, incidente, par rapport à la conception fondamentale de notre notion, qu'elles reparaissent dans des domaines voisins de l'ordre public et sous une forme infiniment plus subtile que la simplicité apparente du principe aurait pu le faire croire tout d'abord. Mais c'est pourtant par l'ordre public que les problèmes des droits acquis et de la fraude à la loi sont alimentés, comme par une nappe d'eau souterraine un fleuve peut entretenir des étangs bien loin de ses bords et il ne s'agit, en somme, qu'à découvrir les lois de ces vases communicants. On s'imagine les difficultés que la question de la validité de ces droits acquis à l'étranger, intentionnellement ou non, et dont l'acquisition est contraire à notre ordre public, peut soulever.

Une fois encore, l'importance, non seulement visible, mais aussi occulte de l'ordre public en droit international se trouve démontrée.

On peut, en conséquence, s'arrêter à cette constatation que la continuité directe de l'ordre public en droit international est une impossibilité juridique. Cette continuité n'est effective que dans les limites matérielles de l'Etat, du territoire législatif; il ne peut dépasser les frontières. C'est à l'intérieur de celles-ci que l'ordre public peut être d'une application continue. Cette permanence, cependant, est chose tellement naturelle, essentielle, qu'il nous semble inutile d'en parler. La seule conclusion que l'on puisse dégager vraiment dans cet ordre d'idées c'est que, parfois, l'ordre public se réserve le droit d'examiner la régularité, du point de vue de la législation française et plus généralement interne, de l'acquisition des droits à l'étranger. Il y a bien là une sorte de continuité de l'ordre public, mais elle est spéciale, et dans tous les cas elle ne s'exerce jamais à l'étranger, mais à l'intérieur seulement du territoire. Dans l'hypothèse où la loi française se trouve simplement écartée, sans qu'une loi étrangère lui soit substituée, ce défaut de permanence, même en dehors des fron-

tières, se révèle particulièrement bien, car à aucun moment un contrôle quelconque ne sera jamais possible. Les époux français ne peuvent divorcer en Italie, la permanence de l'ordre public français est mise en échec et il n'y a cependant aucun moyen de venger, si l'on peut dire, cette infraction à l'article 3 de notre Code civil.

Conclusion : La recherche du motif d'ordre public en droit interne devrait donner la solution générale.

L'analyse que nous venons de faire démontre le caractère superfétatoire de deux notions que nous voudrions rayer définitivement du chapitre de l'ordre public, à savoir celui-ci considéré comme exception à l'application normale de la loi étrangère et l'idée de sa continuité à l'étranger. Suivant nous ces deux conceptions compliquent inutilement le problème de l'ordre public, déjà complexe par lui-même.

Mais en même temps cette analyse nous fait pressentir de nouveau le chemin — on ne peut dire sensément : qui nous mène vers le but, car nous avons bien souligné dans notre première partie⁴⁴, qu'une solution définitive n'est guère dans le domaine des possibilités — qui nous ouvre une perspective plus claire et nous permettra peut-être d'envisager le problème avec plus de simplicité. Or, *ce point de vue n'est autre chose que le vieil ordre public du droit interne*. Du moment que l'« exception d'ordre public » se révèle comme une impossibilité et sa continuité en dehors des frontières politiques comme une illusion, il faut bien revenir vers le droit interne. Tout est de dégager le motif exact de l'ordre public en droit interne, comme nous l'avons essayé de faire jusqu'à présent à l'aide de quelques exemples. Ce procédé fournit cet avantage de pouvoir s'appuyer sur la séculaire tradition du droit civil que ne possède pas le droit international privé. Ainsi, le problème prend un aspect plus simple et plus limpide, parce que, en réalité, *c'est la pratique qui doit résoudre le problème*. C'est le sens juridique du juge bien plus que le recours à une méthode doctrinale quelconque qui tranche la question. Le moyen

44. Voir *supra*, pp. 23 et suiv.

n'est peut-être pas infaillible, mais il est, à notre avis, assez sûr et il le serait davantage encore si l'on n'avait pas commencé par construire, dans la théorie, tout le système de droit international privé sur des données trop abstraites et trop absolues comme la personnalité du droit basée sur la nationalité. Ces conceptions, au lieu d'aiguiser le « sens juridique » dont nous venons de parler, l'émoussent au contraire et rendent difficile la recherche de la solution de droit la plus juste et la meilleure, parce que cette personnalité du droit ne procède ni de la tradition ni n'est une notion de droit privé⁴⁵.

Nous avouons qu'au point de vue doctrinal, cette façon d'apprécier l'ordre public est plus décourageante parce que les multiples théories que cette notion a suscitées, se trouvent plus ou moins sacrifiées. Mais il est à se demander si le mal est vraiment irréparable vu qu'aucune d'elles n'est arrivée à résoudre définitivement le problème, tâche d'ailleurs théoriquement impossible. Cette théorie, selon nous, au lieu d'échafauder des systèmes abstraits sur l'ordre public, devrait résolument se tourner vers la méthode analytique, c'est-à-dire vers la pratique pour faciliter la besogne de cette dernière par la recherche des solutions d'espèce. En dégageant ainsi le motif exact du caractère impératif de certaines règles juridiques, nous entrevoyons même la possibilité de réviser certains postulats du droit international privé, qu'on a malheureusement trop pris l'habitude d'accepter comme des vérités d'évidence. A peine est-il utile de mentionner qu'à la tête de ces postulats se trouve la personnalité du droit et la rédaction de l'article 3 alinéa 3 de notre Code civil et les textes similaires des Codes étrangers.

Il est vrai que l'on pourrait reprocher à cette proposition une odeur « statutaire », conception tant critiquée par la doctrine moderne. Nous répondrions à cette critique, que ce reproche est immérité si l'on envisage non pas exactement la *théorie* des statutaires, mais la pratique de cette époque, c'est-à-dire le principe de la territorialité tempérée. Ce que nous voudrions, avant tout, c'est épurer

45. Voir *infra*, p. 171.

le droit international privé de formules théoriques trop simples qui, sous la pression des exigences pratiques, se compliquent jusqu'à devenir scolastiquement inextricables. Quelle utilité peut avoir, par exemple, un système comme celui de M. Frankenstein qui, justement par une simplification factice du système de solution des conflits de lois, arrive à distinguer, dans le détail, pas moins de *dix sortes d'ordres publics*, de clauses réservées dont chacune aurait sa nuance propre⁴⁶. Nous nous refusons catégoriquement et malgré la grande réputation de cet auteur, à considérer une méthode pareille comme pouvant servir à faire avancer la solution du problème. Si, au lieu de se perdre parfois dans des appréciations abstraites ou trop générales, la doctrine suivait la méthode que nous préconisons, à savoir la recherche du motif d'ordre public, nous croyons fermement qu'elle serait plus près de la vérité et qu'elle rendrait des services autrement plus immédiats à la pratique. Cela serait d'ailleurs plus conforme aussi à la vieille tradition qui veut que le droit international privé soit presque exclusivement un droit coutumier. « Ces règles coutumières se sont imposées par la force logique des situations à l'instinct juridique des praticiens et des interprètes (ce dernier terme pris dans le sens de théoricien). Ceux-ci les ont ensuite péniblement rangées dans leur cadre doctrinal où elles tiennent mal⁴⁷ ». C'est dans le prochain chapitre qu'on se rendra encore mieux compte de la supériorité de la méthode analytique.

46. Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, 3 vol., Berlin, 1926-1934. t. I, p. 199.

47. Arminjon, *Précis*, p. 8.

LIVRE II

L'AMPLEUR DE L'ORDRE PUBLIC

CHAPITRE V

A QUI S'APPLIQUE L'ORDRE PUBLIC?

1. *Résumé et rappels.* — Jusqu'à présent nous avons essayé de saisir le véritable caractère de l'ordre public. Cette notion joue un rôle considérable non seulement en droit international privé, mais au même titre en droit interne. Si nous ne nous promettons pas la solution définitive du problème, qui est irréalisable, en dégagant mieux cette synchronie entre le jeu de l'ordre public en droit interne et dans les conflits de lois, nous avons cependant toujours tenu à bien la souligner, car les conclusions qu'on peut en tirer nous semblent, du point de vue pratique, d'un intérêt réel. Nous avons ainsi été amenés à constater qu'à moins d'abuser quelque peu des termes (ordre public international, exception d'ordre public, continuité de l'ordre public), que l'ordre public est lié au politique dont il est l'expression dans le domaine du droit, mais de la force coercitive duquel il a besoin d'autre part pour pouvoir s'affirmer effectivement. Nous nous refusons donc de forcer le sens de ce mot au delà de sa signification naturelle et d'ouvrir ainsi la voie aux confusions. L'ordre public ne peut, en conséquence, quitter les frontières de l'Etat¹ : il est simplement national et son apparition constitue et en droit interne et en droit international privé, un phénomène normal et nécessaire. Si, en effet, on tient à le considérer souvent ou

même toujours, comme une exception au jeu normal des conflits de lois, il convient d'introduire la même idée dans le droit interne pur, ce qui amène à des complications inutiles. Tout est de dégager le motif précis de chaque cas d'ordre public. C'est lui qui indique ou devra indiquer si la règle doit être étendue au droit international privé. La seule méthode qui peut conduire à un résultat tangible dans cette direction, c'est la méthode analytique *a posteriori*. Au risque de nous répéter, nous avons une fois de plus insisté sur ses points.

En considération des nombreux systèmes qui ont été élaborés par la doctrine pour résoudre le problème et dont nous avons mentionné les principaux, en même temps qu'il nous est apparu que la théorie n'était pas parvenue à des résultats bien brillants et qu'elle continue plus ou moins à être en contradiction avec la pratique judiciaire, nous croyions qu'une appréciation plus simple de la question était nécessaire : c'est justement ce retour vers l'étude plus approfondie de l'ordre public en droit interne qui doit nous fournir un instrument moins compliqué et qui nous permet de citer la parole presque réconfortante de M. Louis-Lucas, qui, lui aussi, est convaincu « que la vérité est plus nette et plus simple¹ » eu égard à la plupart des systèmes théoriques. Ce retour nous est d'autant plus agréable à constater que, somme toute, il ne constitue nullement une thèse, mais un simple fait et ce qui ajoute encore à ce sentiment, c'est que le droit civil nous est plus familier que les notions fuyantes du droit international privé et que ses solutions sont bien plus sûres aussi.

2. *Schéma de l'ampleur de l'ordre public. A. Ordre public spécial aux nationaux et l'ordre public spécial aux étrangers.* — Après avoir, de la sorte, dégagé la véritable nature de l'ordre public, après l'avoir débarrassé de significations artificielles, nous possédons bien l'instrument, l'arme, mais il s'agit de savoir maintenant comment on va effectivement l'employer. Nous avons vu que souvent, les juristes du droit international privé négligent, pour ne pas dire

1. Louis-Lucas, Remarques, *op. cit.*, p. 412.

méprisent, l'ordre public en droit interne ; c'est cependant ici et nulle part ailleurs — nous y insistons de nouveau — que se trouve la clef de l'énigme et c'est de ce principe central que nous croyons qu'il faut qu'on fasse rayonner tous les développements qui concernent notre question. Même M. Louis-Lucas, qui pourtant arrive à une clarté et une simplification de la théorie de l'ordre public en droit international privé, que malheureusement peu d'auteurs se sont efforcées d'atteindre avant lui, conception dont la simplicité ne nuit d'ailleurs aucunement à la valeur au point de vue de sa réalisation pratique, ne peut se défaire entièrement de la célèbre dualité de l'ordre public, quant à sa manifestation normale ou exceptionnelle, reste de la vieille tradition de l'Ecole franco-italienne. Ceci ressort particulièrement de l'emploi des termes : « application normale, exceptionnelle continue, locale de l'ordre public », appellations que nous avons rejetées. En dehors de cette terminologie, derrière laquelle on pressent cependant plus qu'une simple querelle de mots, nous faisons nôtres les idées de cet auteur, parce qu'elles correspondent effectivement aux seules « dimensions » possibles en même temps que naturelles d'un Etat moderne.

Au point de vue de l'élément humain, il y a, dans un Etat, les nationaux et les étrangers. En plus, il y a un territoire. Le motif de l'ordre public ne peut partir que d'un de ces trois facteurs ; sa seule base possible repose, ou bien sur une exigence inéludable, qui ne peut concerner que les ressortissants et cette exigence s'extériorise dans *l'ordre public spécial aux nationaux*. Ou bien, un Etat édicte des règles impératives qui ne visent que les étrangers et auxquelles s'attache, en conséquence, *l'ordre public spécial aux étrangers*.

B. En dernier lieu, il y a le territoire de l'Etat qui est déterminant pour motiver des règles de l'ordre public. Les hommes alors ne se distinguent plus en ressortissants et en étrangers, ces règles s'appliquant indistinctement aux uns et aux autres. Que veut dire, en ce qui concerne la théorie de l'ordre public, le terme *territoire ou territorial* ? Il convient de préciser cette notion de « territoire » comme base de règles inéludables. Le territoire se confond

avec les limites géographiques de l'Etat et ce dernier est seul souverain² à l'intérieur des frontières; si, en conséquence, des règles impératives sont édictées en raison de ce territoire, elles s'appliquent à tout le monde qui y réside. Logiquement, on devrait donc pouvoir employer le terme « ordre public territorial » par opposition aux deux autres que nous venons de citer. Seulement, ceux-ci sont également territoriaux, d'une autre façon il est vrai; en plus, la doctrine emploie souvent le mot « territorial » pour caractériser une règle juridique impérative de quelque côté que le motif de cet ordre public provienne³. D'autre part l'emploi du terme « territorial » qui s'apparente à « réel » pour désigner cette troisième catégorie d'ordre public, risquerait éventuellement de ressusciter la querelle que l'Ecole franco-italienne a cherchée aux anciens statutaires à cause de leur maxime que « toutes coutumes sont réelles ». Ce reproche consistait à dire que les statutaires avaient confondu l'objet d'un statut, c'est-à-dire d'une loi, et son étendue d'application. Une loi est réelle si elle a pour objet la réglementation d'un droit réel, comme la propriété, l'hypothèque, le gage, etc. Or, les statutaires « réalisaient » nombre de lois qui n'avaient plus précisément pour objet des droits réels, ceci simplement pour étendre l'application de la *lex fori* et exclure en même temps la loi étrangère. Ce reproche⁴ est, à notre avis, parfaitement immérité. D'abord pour cette raison que ces statutaires procédaient au grand jour à cette réalisation puisque « toutes coutumes sont réelles », et ensuite, surtout si l'on compare la pratique de cette époque avec celle d'aujourd'hui, on s'aperçoit qu'en critiquant l'ancienne Ecole franco-hollandaise, on joue simplement sur les mots. En effet, les statutaires désignaient par « réels » tous les statuts qui s'appliquèrent par exclusion aux statuts étrangers. Peu importe, au fond des choses, si ce résultat a été atteint par une extension artificielle, forcée, de l'objet des statuts ou par tout autre raisonne-

2. Sauf une souveraineté amoindrie par un régime de capitulations comme l'Empire ottoman d'avant-guerre et actuellement l'Egypte.

3. Voir Aubry, *De la notion de territorialité en D. I. P.*, Clunet, 1900, p. 689, 1901, pp. 253 et 643, 1902, p. 209.

4. Voir Niboyet, *Manuel*, n° 337, p. 396.

ment. Ce qu'il faut retenir, c'est le résultat et aujourd'hui le principe fondamental n'a guère changé : lorsqu'on a épuisé l'ordre public spécial aux nationaux et spécial aux étrangers, il ne reste plus que celui qui s'applique à tout le monde sans distinction de nationalité et il faut bien croire que celui-ci s'attache ouvertement ou d'une façon occulte au territoire, puisqu'il ne s'applique aux hommes que du fait de leur résidence à l'intérieur de l'Etat. C'est de cette façon et non pas d'une autre, croyons-nous, qu'il faut interpréter la « réalité des coutumes des statutaires ».

Ce n'est donc pas cette dernière objection qui nous fait abandonner le terme « territorial », mais la confusion possible entre les trois provenances différentes de l'ordre public en droit international privé et dont chacun est territorial à sa façon. Par conséquent, nous adoptons la désignation d'*ordre public général*. Le terme vient d'ailleurs de M. Pillet, qui l'a employé non pas dans sa théorie de l'ordre public, mais dans celle des conflits de lois. Nous savons que c'est M. Louis-Lucas qui a judicieusement sélectionné la théorie générale de solutions des conflits de M. Pillet pour la transfigurer en une théorie de l'ordre public. De la thèse de cet auteur, M. Louis-Lucas a également emprunté le terme « général » et l'ordre public général est donc celui qui s'applique à tous. « Cette classification tripartite, bien loin d'être surprenante, n'est que naturelle. Elle est l'image des trois aspects que peut prendre la nécessité sociale. Elle est la révélation des trois formes que peut revêtir la souveraineté au contact des prétentions individuelles⁵. »

3. *Seule la méthode analytique permet de préciser l'ampleur de l'ordre public.* — Pour savoir maintenant à qui s'applique effectivement l'ordre public, c'est-à-dire pour déterminer si nous nous trouvons en face de l'ordre public général, ou spécial aux nationaux ou propre aux étrangers, aucune affirmation théorique, si ingénieuse soit-elle, ne suffit plus à nous indiquer un critérium utile : il faut délibérément se tourner vers l'expérience, vers l'*a-posteriori*, c'est-à-dire vers la méthode analytique. Une grande partie

5. Louis-Lucas, Remarques, *op. cit.*, p. 416.

de la doctrine et justement celle qui était le plus imbue du principe de la personnalité l'a si bien senti — parfois même trop bien peut-être — après avoir vainement cherché la solution finale et manifestement dans un accès de découragement, charge le seul juge à décider, par cas d'espèce, de l'application de cette notion, en lui recommandant « d'établir des distinctions très prudentes », comme s'exprime Surville⁶. « Le juge doit faire ce que le théoricien n'a pu accomplir, il doit examiner, peser, décider », dit Kahn ironiquement⁷. Ce serait abandonner le droit international privé tout entier à la seule appréciation du juge et la doctrine, si elle s'obstinait dans ses systèmes d'*a priori*, se condamnerait par là-même à une œuvre stérile, de plus en plus scolastique. La réalité est heureusement moins schématique et les affirmations mancinienne ont considérablement fondu, même en doctrine. La vogue du principe de l'application de la loi nationale est en pleine décadence. La phrase suivante que nous citons ne procède pas d'un autre esprit : « Quand une difficulté de droit international s'élève devant un tribunal français, son devoir est de le résoudre, non pas en s'inspirant de la théorie des statuts, ou de celle de Savigny ou de celle de la loi nationale, ou de tout autre système, mais en recherchant quelle est, sur ce point, la volonté du législateur français. Une fois cette volonté déterminée, le tribunal n'aura plus qu'à s'y conformer⁸ ». Cette même méthode analytique est d'ailleurs vigoureusement défendue par M. Arminjon et puisque tous les systèmes d'*a priori* de droit international, privé se sont brisés sur la notion de l'ordre public, phénomène éminemment pratique, opposé à l'*a priori*, tout expérimental, on est forcé de se tenir, pour l'étudier, à cette seule méthode analytique, empirique.

Le rôle de la doctrine consiste à rechercher le motif précis de l'ordre public, qui décidera non seulement du bien-fondé de son intervention en général, mais révélera en même temps la provenance du motif, c'est-à-dire qu'il indiquera si l'ordre public pour tel cas déterminé est spécial aux natio-

6. Surville, *Manuel élémentaire de D. I. P.*, Paris, 1925, p. 130.

7. Kahn, *Abhandlungen*, t. I, p. 166.

8. Valéry, *Manuel de droit international privé*, Paris, 1914, p. 411.

naux, spécial aux étrangers ou général. Envisagés sous cet angle plus modeste, les problèmes que soulèvent les cas d'espèce, ne semblent pas présenter des difficultés pratiquement insurmontables. Voilà comment, par phases successives, la situation peut se présenter : On demande à l'intérieur d'un Etat, devant un tribunal français par exemple, l'application d'une loi étrangère. Il n'y a aucune difficulté si cette loi étrangère est conçue exactement dans les mêmes termes ou dans le même esprit tout au moins que la loi indigène. Il rentre même dans la logique arithmétique de pouvoir donner suite à cette demande : c'est comme si on appliquait la loi française. Quoique possible cette situation est rare. Dans la majorité des cas la loi étrangère est différente de la loi indigène correspondante. Nul obstacle encore à l'application de la loi allogène si la loi interne est supplétive : pouvant être écartée par la volonté individuelle, cette dernière peut lui substituer sa propre loi et peu importe qu'elle émane d'un législateur étranger. Mais si la loi indigène correspondante est impérative ou même s'il n'y a pas de loi correspondante, il faut alors rechercher la raison du caractère d'ordre public de cette loi ou le motif de cette absence et la science du droit interne ne manquera pas de nous fournir tous les éléments nécessaires pour aboutir à un résultat équitable, c'est-à-dire exprimant cette interprétation de la volonté du législateur dont parle M. Valéry.

4. *Analyse d'un exemple et conclusion.* — Pour reprendre un exemple, cité plus haut déjà et concernant la cause du divorce pour l'aliénation mentale d'un des conjoints, cause admise par l'Allemagne et ignorée de la législation française, la recherche du motif de cette absence nous révèle que le législateur français n'accorde le divorce qu'en raison d'une faute commise par un des époux. Le juge français ne peut, en conséquence, accorder le divorce aux époux allemands malgré l'argument *a contrario* tiré de l'article 3 alinéa 3 de notre Code civil et malgré la théorie et même, en quelque sorte, la tradition de la pratique jurisprudentielle du principe de la personnalité du droit en matière d'état et de capacité des personnes. On pourrait répliquer que rien n'empêcherait le juge français, tout en refusant

le divorce pour cette cause aux époux français, de l'accorder aux époux allemands, étant donné qu'on est dans le domaine de la personnalité du droit. Cet argument cependant n'a qu'une valeur relative; ce qui compte, c'est la conception que le législateur se fait du mariage et le principe de la personnalité, loin d'être d'ordre public, ne joue pour ainsi dire que subsidiairement. Pour dégager la conception exacte que le législateur français se fait du mariage et du divorce — les deux problèmes sont intimement liés — il ne faut pas craindre d'employer toutes les sources que la science juridique nous offre et de remonter particulièrement dans l'histoire. Cette histoire en effet nous apprend que malgré sa sécularisation, le mariage est non seulement issu du droit canon, mais qu'il en porte encore toutes les empreintes. Aussi longtemps que l'indissolubilité existait, les liens qui attachaient cette institution à l'Eglise étaient particulièrement étroits. Avant 1884 personne ne pouvait divorcer en France, parce que le droit canon, dont l'indissolubilité n'est que l'expression, a toujours eu, comme le dogme catholique lui-même, des aspirations à l'universalité et à l'exclusivité. Le temporel a beau avoir pu faire siennes les règles ecclésiastiques, qui sont à la base de nombreuses institutions de famille et entre autre aussi de celle du mariage, il n'en a pas profondément changé la nature. Les modifications législatives qui s'y sont introduites ne constituent, en quelque sorte, que des brèches dans cet édifice élaboré de toutes pièces par les juristes de l'Eglise. En France, l'histoire du droit nous l'enseigne, le mariage est resté une institution à base essentiellement spirituelle; non pas dans un sens vague et imprécis qui permettrait d'employer un terme comme « institution à but moral », expression plus ou moins en honneur dans la doctrine, mais dans le sens net du droit canon, ce qui veut dire que le mariage est indissoluble aussi loin que s'étend la Chrétienté, c'est-à-dire en principe, étant donné le dogme de l'Eglise, dans l'univers entier. Evidemment, les juristes du droit canon étaient trop subtils pour appliquer ce principe aux droits acquis, ce qui explique également que le divorce, régulièrement prononcé à l'étranger entre étrangers, était valable en France même avant 1884. Dans cette vali-

dité du divorce prononcé à l'étranger il y a d'ailleurs un mélange de droit canon et de droit temporel, très intéressant à étudier et dont nous toucherons quelques mots au chapitre des droits acquis à propos de la tendance de la nouvelle jurisprudence italienne, depuis la mise en vigueur des accords du Latran de 1929, entre le gouvernement italien et le Pape, en vertu desquels *grosso modo*, l'Eglise reprend, en Italie, à son compte toutes les questions qui concernent le mariage. Voilà bien la raison profonde de l'interprétation toute restrictive du divorce. On peut ajouter à cela que les causes du divorce de la législation française qui exige toujours une faute commise par un des conjoints, ne sont que le prolongement, l'extension dans le sens du divorce des causes qui, dans l'ancien droit, motivèrent la séparation de corps; l'idée de faute était indispensable et ce sont plus ou moins les mêmes fautes qui se retrouvent dans le divorce. Ce raisonnement n'a rien d'insolite; dans bien des matières l'ancien droit s'est perpétué dans le droit moderne et parfois d'une façon très directe et c'est plus que compréhensible que cette force manifeste sa présence particulièrement dans les institutions qui concernent la famille, peu importe l'origine ecclésiastique des règles.

Cela explique en même temps quel rôle secondaire le théorème simpliste du statut personnel peut parfois jouer. Toute abstraction faite du contenu d'une disposition d'un législateur étranger concernant une cause de divorce (par exemple), la méthode expérimentale, analytique permet ainsi de dégager le principe, que jamais un étranger ne peut invoquer devant un juge français une cause autre que celle qui est basée sur une faute du conjoint. Pour aboutir à ce résultat, aucune comparaison avec la loi étrangère n'était même nécessaire. En réalité, on applique simplement une règle française. A supposer qu'un juge français applique effectivement, à des étrangers, leur loi nationale pour divorcer, cette application n'est qu'apparente; si la forme de la règle étrangère ne correspond pas à la lettre de la loi française, le fond est certainement identique avec notre disposition interne et, le droit n'étant plus basé sur un formalisme pédant, la seule chose qui nous intéresse c'est

le fond. Il n'était donc nullement nécessaire de dire, pour écarter du tribunal français le divorce pour cause d'aliénation mentale, que l'admission de cette cause constituerait une prime à la qualité d'étranger, affirmation vraiment par trop arbitraire et quelque peu primitive.

A ce sujet, nous relevons une décision assez curieuse. Deux époux, des juifs polonais, intentèrent le divorce en France, en invoquant leur loi personnelle, qui, en l'occurrence, était la loi rabbinique autrichienne (il s'agissait de juifs d'origine du ressort législatif de Cracovie, ancienne province austro-hongroise). Cette loi dit, en premier lieu, que, pour que les juifs puissent divorcer, il faut dans tous les cas le consentement de la femme. Cette proposition avait tellement frappé les juges de première instance, qu'ils crurent y voir comme cause de divorce le consentement mutuel. Invoquant l'ordre public (général), ils déboutèrent le demandeur, un juge français ne pouvant consacrer le divorce par consentement mutuel.

En appel, on a eu soin de mieux examiner le contenu de la loi étrangère et on s'apercevait qu'en réalité ce consentement de la femme, nécessaire pour permettre de divorcer, était simplement *une* des conditions du divorce, *s'ajoutant* aux autres motifs, comme l'injure grave, excès et sévices, l'adultère, etc. La loi rabbinique exige en plus du consentement de la femme, une de ces causes. En conséquence, la Cour donna suite à la réclamation du demandeur, en spécifiant que la loi personnelle du demandeur n'était pas contraire à notre ordre public, le consentement de la femme rendant le divorce même plus difficile. En réalité, on a simplement appliqué le principe français que notre juge ne peut divorcer des étrangers pour une cause plus large que celle connue par la loi française et en matière de divorce, c'est *toujours* cette dernière qui indique la limite extrême des causes admises pour qu'un divorce puisse être prononcé par un juge français⁹.

A maintes reprises et particulièrement dans notre première partie nous avons insisté sur l'importance de la méthode dans l'étude du problème de l'ordre public et nous avons

9. Cour de Colmar, 23 mai 1931, *Clunet* 1933, p. 97.

affirmé que seule la méthode *a posteriori* pouvait mener à des résultats immédiats en droit interne. Les exemples dont nous avons fait état jusqu'à présent nous démontrent qu'il n'en est pas autrement en droit international privé. C'est cette seule méthode qu'il convient d'adopter pour arriver à une solution, qui ne sera évidemment qu'une solution d'espèce. Comme en arithmétique il est impossible d'englober dans un même calcul des unités à valeurs différentes, en matière juridique nous ne voyons aucune possibilité de combiner un système *a priori* (personnalité) avec un système *a posteriori* (ordre public) et puisque ce dernier l'emporte toujours, c'est-à-dire la pratique, nous renonçons franchement à vouloir forcer artificiellement la nature des choses.

Maintenant que nous allons aborder l'étude de l'application de l'ordre public, c'est-à-dire sa réalisation dans la pratique, cette constatation nous est particulièrement précieuse. Ajoutons, pour clore cette dispute sur la méthode, que les résultats que va nous faire obtenir celle que nous avons adoptée risqueront de remettre en cause de bien vieilles et honorables notions du droit international privé.

D'accord avec la théorie de M. Louis-Lucas, nous avons constaté que l'ordre public peut se manifester dans trois sens différents : ne comprendre que les étrangers ou être spécial aux nationaux ou s'appliquer à tout le monde. En liaison étroite avec ce principe de l'ordre public à triple aspect, notre notion peut intervenir d'une façon incidente dans deux domaines qui ne sont séparés que par une membrane organique qui permet à l'osmose de jouer tout naturellement ; nous voulons parler de l'ordre public dans les droits acquis et dans la fraude à la loi. Dans les développements qui vont suivre, nous nous proposons d'étudier ces différents sujets.

CHAPITRE VI

L'ORDRE PUBLIC SPECIAL AUX ETRANGERS

(La condition des étrangers).

1. *L'exposé du problème.* — L'ordre public étant une conception qui n'a de valeur qu'à l'intérieur de l'Etat, celui qui s'applique aux étrangers à l'exclusion de toute autre catégorie d'individus suppose, en conséquence, que ces étrangers se trouvent sur le territoire politique de l'Etat. Il en est ainsi même de l'hypothèse de l'article 7 du Code d'instruction criminelle qui prévoit des poursuites en France, contre des étrangers qui ont commis, à l'étranger, des crimes contre la sûreté de l'Etat. Pour que ces poursuites soient possibles, c'est-à-dire pour que l'ordre public puisse s'appliquer, il faut que ces individus se trouvent en France, car une condamnation par contumace ne réalise que l'apparence de l'application de la loi impérative.

Quant à cet ordre public il peut s'agir d'une part de règles impératives qui ne concernent que les étrangers et d'autre part de principes qui tendent à les priver de droits qui sont accordés aux nationaux : il est donc parfois positif et parfois négatif.

Il convient de remarquer que cet ordre public spécial aux étrangers s'identifie avec la *condition des étrangers*, cette dernière comprise dans un sens large. On entend généralement par cette expression les droits dont jouissent les nationaux et qui sont refusés aux étrangers comme les droits politiques, ce qui est d'ailleurs normal pour ces derniers. Mais qu'au point de vue du droit privé, on puisse encore parler de la condition des étrangers dans le sens de l'incapacité de jouir de certains droits c'est une survivance

1. Voir Louis-Lucas, Remarques, *op. cit.*, pp. 422 et suiv.

manifeste du droit féodal qui restreignait à l'extrême les droits des *aubains*, un appendice curieux de cette époque où l'étranger était souvent traité d'office comme serf, dans les seigneuries tout au moins qui appliquèrent le principe que « l'air rend esclave² ».

Il faut bien se représenter le problème : avant toute question de conflit de lois, c'est-à-dire avant que l'on se demande quelle loi est applicable à l'étranger dans telle situation on dit d'abord que telle loi française ne lui sera jamais applicable. Ainsi, pour citer deux exemples, on refuse le bénéfice de l'hypothèque légale à la femme mariée étrangère³. On n'accorde pas non plus aux étrangers la faveur de la loi du 29 juin 1929 concernant la prorogation des baux en cours à des prix de loyers fixés légalement (Loi du 29 juin 1929, incorporée dans l'article 4 de la loi du 1^{er} avril 1926). On sent bien que cette condition des étrangers a quelques rapports avec l'ordre public, mais en même temps on perçoit l'anomalie juridique de dispositions pareilles. En effet, il convient de constater tout d'abord que ce refus de principe de laisser les étrangers jouir de certains *droits dits civils* (article 11 du Code civil), refus affirmé préalablement et en dehors de toute solution de conflit de lois, repose bien sur des considérations d'ordre public : il est imposé par le législateur et ne peut être écarté par la volonté des individus. Mais duquel des trois aspects de l'ordre public peut-il bien s'agir ? Ce n'est certainement pas l'ordre public général, celui-ci, par définition, s'appliquant à tous sans distinction de nationalité. Est-ce l'ordre public spécial aux nationaux ? Cela est impossible, ce dernier ayant pour fonction de rendre inéludables certaines règles de droit par lesquelles l'Etat, comme on dit, tient à réaliser sa souveraineté sur ses ressortissants. Reste l'ordre public spécial aux étrangers et il s'agit évidemment de celui-ci. On a beau proclamer le principe que l'ordre public se suffit comme règle ; de tous les développements qui précèdent, il s'ensuit clairement que cette notion, quand elle apparaît dans le droit privé peut, à l'ordinaire, facile-

2. Voir Brissaud, *Manuel d'histoire du Droit privé*, Paris, 1908, p. 840.

3. Cass. civ., 4 mars 1884 ; Sirey, 84.1.273 ; Req., 27 janvier 1903, *Clunet*, 1903, p. 623, etc.

ment se justifier par le motif, qui présente lui-même le caractère d'une règle juridique, en quelque sorte coutumière. N'empêche que l'ordre public spécial aux étrangers, lorsqu'il joue uniquement dans le but de diminuer la capacité de droit, la *Rechtsfähigkeit* à des étrangers du point de vue du droit privé, trouve difficilement une justification sensée.

2. *L'ordre public positif spécial aux étrangers.* — En principe, l'ordre public, lorsqu'il intervient vis-à-vis des étrangers dans les conflits de lois, a simplement pour résultat de leur appliquer une loi interne, c'est-à-dire de les assimiler sur un point déterminé aux nationaux; il s'agit là de l'ordre public général, le plus compréhensible de tous. Par contre, s'il leur est spécial, rien que de très naturel encore, qu'il vienne renforcer, rendre inéludables certaines mesures prises pour assurer la police des étrangers. Ces règles sont édictées pour combler, au point de vue administratif, la lacune qui existe du fait de la naissance à l'étranger de ces individus. De toutes pièces il faut leur créer une sorte d'état civil français, leur donner un statut; en plus il convient de les surveiller au point de vue politique, etc. Mais tout cela est du droit administratif, du droit public concernant uniquement « les lois de police et de sûreté » (article 3 alinéa 1^{er} du Code civil). De même l'obligation résultant de l'article 16 du Code civil qui l'astreint à la *caution judicatum solvi*. Le motif de ce cas d'ordre public spécial aux étrangers se trouve indiqué dans le texte même : « L'étranger qui sera demandeur principal ou intervenant sera tenu de donner caution pour le payement des frais et dommages-intérêts résultant du procès »; car si l'étranger est condamné il n'aurait qu'à quitter la France et l'on connaît les difficultés qui doivent être surmontées avant qu'un jugement soit revêtu de l'exéquatur en pays étranger. Voilà le seul motif de cette disposition; aussi l'article 16 ajoute-t-il : «... à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le payement ». C'est donc une mesure qui se justifie aisément; quoique spécial aux étrangers dans ce cas particulier, il existe une disposition analogue qui est d'ordre public géné-

ral. C'est la caution que doivent fournir les particuliers pour obtenir l'exécution provisoire d'un jugement susceptible d'appel. La *caution judicium solvi* ne présente donc aucun caractère exorbitant. Il en est de même de différentes mesures fiscales qui frappent différemment les étrangers que les nationaux¹; cela fait partie de la législation financière qui ne rentre pas dans l'objet de notre étude. La loi de 1898 sur les accidents du travail pourrait également nous fournir une hypothèse.

Dans tous ces exemples, l'ordre public spécial aux étrangers vient renforcer des lois qui ne s'appliquent qu'à eux et non aux nationaux. Nous avons aussi vu que ces mesures peuvent aisément se justifier; elles ne sont pas unilatérales en ce sens qu'on peut facilement leur découvrir une contre-partie qui est justement le motif de l'ordre public de ces dispositions. Dans toutes ses hypothèses qu'il serait possible d'allonger bien plus s'il ne s'agissait de matières qui se trouvent généralement en dehors du droit privé, l'ordre public joue un rôle essentiellement positif, il renforce simplement des dispositions législatives qui ne visent que les étrangers.

3. *Ordre public négatif spécial aux étrangers. Il ne peut se justifier en matière de droits privés.* — Il en est autrement des droits politiques. C'est une vieille tradition du droit coutumier que de refuser ceux-ci aux étrangers, tradition qui relève d'ailleurs bien plus du droit des gens que du droit international privé. Si une question se pose sur les limites des droits politiques purs et des droits privés, c'est alors une question de qualification dont le souverain est le seul arbitre; selon que le juge qualifiera ce droit de politique ou de droit privé, il le refusera dans tous les cas aux étrangers ou l'accordera à condition qu'il ne fasse pas partie des *droits civils*. Il est encore explicable que ces droits politiques soient refusés aux étrangers. Mais il devient autrement plus grave de faire jouer cet ordre public spécial

4. Voir Allix, *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française*, p. 684 concernant la taxation des valeurs étrangères, p. 724 concernant l'impôt forfaitaire sur le revenu global dû par les étrangers résidant en France.

aux allogènes pour leur interdire la capacité des droits civils. Ce refus constitue une mesure arbitraire, entièrement unilatérale qu'aucun motif sérieux ne peut justifier. Cet ordre public s'exerce, pour ainsi dire, dans le vide, parce qu'on en chercherait vainement la contre-partie. On ne voit pas très bien quelle raison il serait possible d'invoquer pour refuser toujours et en tout état de cause par exemple l'hypothèque légale à la femme étrangère. De même le refus d'accorder aux étrangers le bénéfice des lois du 1^{er} avril 1926 et du 29 juin 1929 concernant la prorogation des baux. A moins qu'elles ne reposent sur une mesure de rétorsion vis-à-vis des sujets d'un pays déterminé, des règles de ce genre sont inexplicables; elles constituent une anomalie juridique et risquent de provoquer, à l'étranger, des mesures de représailles⁵.

5. C'est avec raison que les puissances étrangères protestent contre ces mesures. C'est ainsi que nous relevons dans le rapport du Conseil Fédéral suisse de 1926, p. 55 le passage suivant : «... la légation de Suisse en France demanda que la loi (du 1^{er} avril 1926) fût applicable également aux Suisses, établis en France, vu le traité de 1882. Le ministère de la Justice de la République attira alors l'attention des procureurs généraux sur les stipulations de ce traité et la jurisprudence des tribunaux français parut vouloir se fixer dans le sens de l'application, aux ressortissants suisses, de la loi de 1926 ». Nous ajouterons qu'effectivement cette jurisprudence s'est prononcée dans ce sens. La Commission supérieure des Loyers de la Cour de cassation a particulièrement rendu un arrêt conforme à la thèse du gouvernement suisse : 25 juillet 1930, *Revue de Droit international privé*, 1933, p. 137.

La Suisse n'a pas été d'ailleurs la seule puissance à protester contre la loi de 1926; cependant, ce ne sont que les sujets suisses, qui, jusqu'à présent, ont obtenu une satisfaction de principe par l'arrêt précité du 25 juillet 1930.

Voilà, en effet, comment les choses se sont passées. En premier lieu, la jurisprudence refuse d'appliquer la loi de 1926 à tous les étrangers. A la suite de nombreuses protestations des puissances étrangères, le quai d'Orsay échange des lettres avec ces dernières qui donnent satisfaction aux réclamations mentionnées, notamment avec la Suisse, l'Espagne, l'Angleterre et les Etats-Unis. Ces lettres constituent de véritables accords interprétatifs de traités d'établissement et autres préexistants.

Malgré ces lettres, la jurisprudence française continue à refuser le bénéfice de la loi de 1926 aux étrangers sauf en ce qui concerne les Suisses. C'est alors que le gouvernement français se décide à transformer ces lettres en décrets. C'est ainsi que nous assistons au cours de l'année 1933 à la promulgation de différents décrets concernant les loyers, en particulier :

Décret du 16 avril 1933 approuvant l'accord interprétatif entre la France et l'Espagne pour fixer la portée de la convention consulaire du 7 janvier 1862.

Décret du 9 mai 1933 pour fixer dans le même sens la portée de la convention consulaire avec les Etats-Unis du 23 février 1853.

Décrets du 16 juin 1933 concernant la Suisse et l'Angleterre.

Que valent ces décrets? C'est justement sur ce point que la jurisprudence ne s'est pas encore définitivement prononcée. Ainsi la Cour de Dijon a décidé (arrêt du 2 mai 1933, *Revue de Dr. int. pr.*, 1933 p. 484) en ce qui

Dans cette seconde catégorie d'hypothèses, l'ordre public spécial aux étrangers a un *effet simplement négatif*, dans ce sens, nous le savons qu'il conduit à refuser aux allogènes le bénéfice de lois dont profitent seuls les nationaux et cela, nous le répétons, en dehors de tout conflits de lois. Mais si ce privilège, réservé aux nationaux, est normal sur le terrain des droits politiques procédant de la tradition du droit des gens, il est injustifiable en matière de droits privés. En France, d'ailleurs, ces droits civils exclusifs sont très peu nombreux. A part l'hypothèque légale de la femme mariée, qui est simplement historique, sans qu'il soit possible d'invoquer une raison autre que celle-ci, il n'y a plus guère de disposition très importante de ce genre que la loi précitée de 1926 sur les loyers, qui exclut les étrangers de pouvoir en profiter, sous réserve des traités diplomatiques.

C'est le principe cependant qu'il convient de combattre, car il est des pays où la condition des étrangers, compris dans ce sens, c'est-à-dire les restrictions qu'on apporte à la capacité juridique des étrangers, prend un aspect vexatoire, allant parfois même jusqu'à interdire l'acquisition des immeubles par les étrangers⁶. La survivance d'une règle qui permet de restreindre de la sorte les droits privés des étrangers, règle qui jouait un rôle particulièrement important dans l'ancien droit, où les aubains étaient frappés de diverses incapacités très graves⁷, est dangereuse parce qu'un législateur peut toujours s'en servir inconsidérément dans le sens d'un élargissement. L'ancien droit avait

concerne les Espagnols, que la loi de 1926, qui exclut les étrangers, devait s'appliquer de préférence au décret, une loi ayant plus de force qu'un décret. La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée et il est à souhaiter qu'elle infirmera la jurisprudence, quelque peu étroite, de la Cour de Dijon.

6. Loi du 4 juillet 1924 pour l'Autriche; Roumanie : article 7 § 5 de la Constitution de 1879. On rencontrait des dispositions analogues en Russie avant la guerre, dans certains Etats de l'Allemagne, en Pologne, etc. Sous la pression des Puissances occidentales, l'Empire ottoman dut accorder, en 1856, le droit aux étrangers d'acquérir des immeubles (sauf dans la province sacrée du Hedjaz) droit qui leur était refusé jusque-là.

Cette mesure est également prévue dans le programme du parti national-socialiste allemand, exposé dans *Mein Kampf* de Hitler.

7. Voir Brissaud, *op. cit.*, p. 847; en particulier le *droit d'aubaine*, ce qui signifie que les étrangers étaient incapables d'acquérir et de transmettre à cause de mort.

encore pour excuse d'avoir le droit féodal pour origine principale de son système juridique, excuse qui, de nos jours, ne peut plus être sensément invoquée.

Il est d'ailleurs à remarquer que cet ordre public spécial aux étrangers, qui intervient uniquement dans un sens négatif dans le domaine des droits privés, est quasiment inconnu dans les pays anglo-saxons, qui assimilent, sur ce terrain, les étrangers aux nationaux. « En Angleterre et en Amérique, tous les droits civils sont concédés aux étrangers⁸. C'est pourtant la jurisprudence de ces pays qui a été exposée aux critiques les plus violentes de la part de l'Ecole franco-italienne et presque accusée de barbarie, à cause du principe de la territorialité des lois dans les solutions des conflits de lois, qui prédomine en Angleterre aussi bien qu'aux Etats-Unis. De pareilles constatations jugent la valeur réelle d'une théorie qui se prétend libérale comme celle de Mancini. Comment la doctrine a-t-elle cherché à justifier cet ordre public négatif en matière de droits privés ?

4. *Cet ordre public se place au-dessus du problème des conflits de lois.* — Dire, comme le font Aubry et Rau, que ces droits, refusés aux étrangers, sont « de pures créations du droit civil, parce qu'elles n'existent pas partout⁹ », est un argument de courte portée, puisque, avant même de savoir, si une autre législation connaît ou non ce droit, on le refuse par principe aux étrangers. Il faut, en effet, bien se représenter l'importance de cet ordre public spécial aux étrangers. Avec son aide, il est possible de tenir pour ainsi dire, en échec, le meilleur système de solution des conflits ; il suffit, pour cela, de lui donner une certaine extension comme ce fut le cas dans le droit féodal pour diminuer la capacité juridique des allogènes. Le résultat ne sera pas, nous le répétons, la territorialité des statuts, tant critiquée par l'Ecole de la personnalité du droit, consistant simplement à appliquer le droit interne à l'étranger, mais de priver ce dernier, non seulement, le cas échéant, de son statut personnel, mais aussi du statut territorial. De nos jours une diminution juridique de cette sorte de l'individu

8. Healy, *op. cit.*, p. 418.

9. Voir Niboyet *Manuel*, n° 280, p. 324.

ne peut se défendre que sur le terrain politique, en prenant ce dernier terme dans le sens restrictif, signifiant la jouissance de droits publics déterminés (droit aux fonctions publiques, droit de vote, etc.). Dans le domaine des droits privés, l'ordre public spécial aux étrangers devrait disparaître de la théorie et de la pratique, d'autant plus que le juge gardera toujours une latitude suffisante pour *qualifier* de politiques certains droits et les refuser, par conséquent, aux étrangers. Seulement cette arme est bien moins dangereuse, moins arbitraire, parce que le juge ne peut trop forcer la qualification, ranger dans la catégorie des droits politiques un droit qui est essentiellement privé; il faudra toujours qu'il se tienne dans la limite d'un certain bon sens.

Ce qui ressort nettement de l'étude de cet ordre public spécial aux étrangers, c'est qu'il détermine d'abord et lui seul la condition des étrangers. Si l'on veut connaître celle-ci, le seul moyen rationnel d'y parvenir consiste dans l'étude de l'ordre public et ici comme partout où cette notion apparaît, il faut dégager le motif. Or, en regardant de plus près, l'ordre public spécial aux étrangers en matière de droits privés n'a pour base que des motifs sans valeur juridique profonde, des pseudo-motifs seulement et il est regrettable que dans une étude qui se propose d'approfondir l'ordre public dans le seul domaine du droit privé, on soit amené à traiter de la condition des étrangers, qui ne se justifie qu'en droit public, dans les droits politiques où il est simplement négatif, dans la police des étrangers où il renforce des lois nécessaires, jouant ainsi un rôle positif.

En deuxième lieu nous remarquons que l'ordre public spécial aux étrangers ne joue jamais dans les conflits de lois; son domaine est effectivement limité aux étrangers qui résident sur le territoire. Jamais il ne surgit dans des théories comme celle de la fraude à la loi ou des droits acquis, qui ne sont que des incidents de l'ordre public dans les conflits de lois. L'ordre public spécial aux étrangers tue, au contraire, le conflit de lois dans l'œuf, si l'on peut dire. C'est donc un véritable ordre public de superposition; si son domaine n'est généralement pas très étendu, son rôle y est d'autant plus puissant.

CHAPITRE VII

L'ORDRE PUBLIC SPECIAL AUX NATIONAUX

1. *L'ordre public spécial aux nationaux se cantonne dans le domaine de la condition des personnes. L'article 3 alinéa 3 du Code civil.* — Dès que l'ordre public n'est plus spécial aux étrangers, dès que l'on quitte, en d'autres termes, ce point de vue un peu étroit et parfois même un peu sectaire pour l'envisager dans son rôle dans les conflits de lois, c'est-à-dire vis-à-vis des nationaux et vis-à-vis de tous son champ s'élargit considérablement.

Cet ordre public spécial aux nationaux a été, depuis longtemps pressenti par la doctrine, quoiqu'il n'ait jamais été dégagé avec suffisamment de clarté; ce n'est que dans l'étude de M. Louis-Lucas que nous avons déjà eue l'occasion de citer, que nous trouvons ce principe clairement et simplement exposé tel qu'il ressort d'ailleurs nettement de l'esprit et de la lettre même du Code civil : c'est l'ordre public qui rend inéludables les lois qui régissent l'état et la capacité des nationaux. Dans notre première partie nous avons déjà parlé de la raison d'être du caractère impératif, c'est-à-dire du motif d'ordre public de ces lois pour ne plus être obligés d'y revenir. La doctrine a entrevu cet ordre public dans son « ordre public interne » ou « relatif ». Nous savons également ce qu'il faut penser de ces appellations. Il est infiniment plus rationnel et plus logique de parler en toute simplicité d'un ordre public spécial aux nationaux, qui est le pendant de celui que nous avons analysé dans le chapitre précédent et qui détermine la condition des étrangers. La combinaison de l'ordre public général et de l'ordre public spécial aux nationaux détermine la condition de ces derniers.

Bustamente avait déjà opéré une classification voisine de celle de M. Louis-Lucas; il y manque cependant une vue générale et une certaine clarté de l'expression : « Pour le régnicole il existe deux catégories de lois : celles qui s'imposent absolument à sa volonté et celles qui lui permettent d'exercer cette volonté dans certaines limites. L'étranger, lui, est régi par trois groupes de lois dans la législation du pays où il vit ». En dernière analyse cela pourrait bien correspondre éventuellement à l'ordre public général, spécial aux étrangers et spécial aux nationaux. Mais les explications de cet auteur sont malheureusement trop vagues pour permettre une conclusion précise; pourtant, un peu plus loin il est un peu plus clair : « Les lois d'ordre public interne sont applicables aux nationaux seulement et s'imposent à leur volonté individuelle. Les lois d'ordre public international s'imposent aux étrangers comme aux nationaux¹ ». A la terminologie près, nous sommes en présence de l'ordre public spécial aux nationaux et de l'ordre public général, mais en même temps l'éminent juge a perdu la définition de l'ordre public spécial aux étrangers, ce qui est évidemment une grave lacune. Ayant approché, pendant quelques moments, la vérité de très près, s'il est possible toutefois de parler de vérité, l'auteur se perd ensuite dans la méthode énumérative, ce qui n'est pas un mal, mais c'est incomplet.

A cet ordre public spécial aux nationaux, le Code civil fait d'ailleurs une allusion de principe assez précise dans son article 3 alinéa 3, où il dit, nous le savons, que les lois concernant l'état et la capacité s'appliquent aux Français même résidant à l'étranger. C'est le seul texte qui en parle; les deux premiers alinéas du même article traitent de l'ordre public général et l'article 6 définit cette notion en général.

Toute la question est de savoir quelle est la signification exacte qu'il convient de donner à ce texte. De son interprétation judiciaire ou plutôt des théories que l'on construit sur cette disposition, sur cet ordre public spécial aux nationaux, dépend la solution de questions aussi importantes que celles qui se rapportent aux solutions des conflits de

1. Bustamente, *El Orden Publico*, cité par Knapp, *op. cit.*, p. 45.

lois en matière d'état et de capacité, des droits acquis, de la fraude à la loi. En effet, s'il est prouvé qu'un cas d'ordre public dans ce domaine est réellement spécial aux nationaux il ne concerne pas les étrangers qui pourront alors invoquer leur loi nationale; et jusqu'à quel point un Français peut-il acquérir à l'étranger et en vertu de la loi étrangère, différente par hypothèse de la loi impérative française, des droits et comment se pose la question de la validité de ces droits en France? Tâchons de dégager la véritable portée de cet ordre public spécial aux nationaux.

Il y a d'abord une chose certaine, à savoir que cet ordre public se tient dans les limites des lois concernant l'état et la capacité, tout au moins quant au droit privé. L'ordre public assure le caractère impératif de ces lois et empêche, en conséquence, que les particuliers puissent les éluder. Il ne s'agit là, bien entendu, que des lois d'ordre public, c'est-à-dire celles que la volonté législative impose à la volonté individuelle; c'est une question de coutume ou plutôt d'interprétation coutumière et nous pouvons renvoyer à notre première partie.

Cette affirmation que l'ordre public spécial aux nationaux se meut exclusivement parmi les lois relatives à la condition des personnes, nous la basons d'abord sur le texte de l'article 3 précité, mais surtout sur les constatations de fait. Ce principe, il est vrai, est très difficile sinon impossible à formuler; il procède d'un sentiment historique plutôt que d'une règle précise; historique en ce sens que les statutaires entendaient déjà par *statut personnel* la loi qui se rapportait à la condition de la personne et auquel on attachait généralement, à moins qu'il ne fût « odieux » un effet extraterritorial. La jurisprudence a toujours partagé cette façon de voir et nous ne connaissons aucune décision, en dehors du domaine de la condition des personnes, où le juge aurait pris en considération la loi d'origine de l'individu, uniquement en raison de sa nationalité. Ce qu'on appelle la loi personnelle ne joue pratiquement que dans les limites du texte de l'article 3. M. Louis-Lucas lui-même qui, à l'occasion, conclut dans un sens différent, dit : « Tantôt la loi s'adresse avérément aux seuls nationaux. Elle ne va que du législateur à ceux qui lui sont soumis par

le lien intime de la nationalité. *Telles sont les lois qui fixent l'état et la capacité générale des personnes*² ». Dès que l'on quitte la condition des personnes, le droit privé se désintéresse de la nationalité des individus. Ceux-ci font des actes, concluent des contrats, commettent des fautes, doivent réparer des dommages causés, créent des droits réels, etc. Tous ces faits ont leurs règles de conflits propres, mais jamais la nationalité n'est prise en considération. Si l'ordre public intervient dans ces questions, c'est pour assujettir tout le monde qui se trouve sur le territoire; il s'agit, en d'autres termes, de l'ordre public général.

2. *L'ordre public spécial aux nationaux ne peut jouer en d'autres matières, particulièrement dans les obligations.* — En raison de ces constatations, nous croyons que l'exemple que nous fournit M. Louis-Lucas et qui concerne la fameuse *clause-or*, est erroné. Parlant de la prohibition, en France, de cette clause dans les contrats pendant la période qui va de la loi du 5 août 1914, loi qui a institué le cours forcé des billets de banque jusqu'à la loi du 25 juin 1928 qui l'a abolie, cet auteur conclut que la prohibition procède de l'ordre public spécial aux nationaux. « Si le contrat stipulant un paiement en or, avait été conclu à l'étranger entre Français, il n'eût pas échappé aux exigences de l'ordre public spécial aux Français³ »; en d'autres termes, la *clause-or* stipulée dans ce contrat eût été nulle dans tous les cas. Cela nous paraît impossible et en contradiction avec le motif qui est à la base de cette prohibition. Constatons d'abord que la jurisprudence française est très hésitante, sinon contradictoire en cette matière⁴. Le *motif* de la prohibition semble reposer sur des considérations économiques assez précises : préserver d'abord l'encaisse métallique de la Banque de France; cette mesure qui, il faut bien le dire, est un peu spéciale et exorbitante de la vie juridique de tous les jours, lie les Français aussi bien que les étrangers, même ceux résidant hors de France. La raison que cet ordre public

2. Louis-Lucas, *op. cit.*, pp. 416 et suiv.

3. Louis-Lucas, Remarques, *op. cit.*, p. 416.

4. Voir P.-L. Rivière, « Le problème du franc-or », *Rev. de Droit international privé*, 1932, p. 6 et suiv.

s'impose à tous les individus dans le monde entier relève de la règle de la compétence de la *lex rei sitae* : l'encaisse se trouvant en France, et l'Etat français désirant la garder intacte pour les besoins de la défense nationale, il serait un peu puéril que des individus prissent des engagements, qui iraient à l'encontre d'une mesure de sécurité nationale aussi nécessaire, qu'ils stipulent, par exemple dans une convention que le débiteur devra s'exécuter en or qu'il aura à se procurer à la Banque de France, soit que cette stipulation se trouve rédigée telle quelle, soit qu'elle ressorte indirectement de la convention. Pareille clause serait donc nulle et l'ordre public qui l'anéantira ne sera autre que l'ordre public général. La sauvegarde de l'encaisse métallique n'est cependant pas le seul motif du cours forcé. Celui-ci vient se combiner avec une autre mesure, à savoir le cours légal du billet de banque ; *cours légal* veut dire que le billet de banque doit être accepté comme monnaie libératoire. Quand on n'est pas dans une période de cours forcé, le cours légal n'est pas d'ordre public ; la clause-or ou la stipulation du paiement en une monnaie quelconque est parfaitement licite et cela évidemment pour cette raison que le billet, du fait de la convertibilité, représente virtuellement de l'or. Le cours forcé change l'aspect du problème ; non seulement l'encaisse de la banque centrale devient inaccessible aux particuliers, mais le cours légal devient d'ordre public : il s'impose aux particuliers. S'il en était autrement, c'est-à-dire si on fermait d'une part l'accès de l'encaisse aux individus tout en laissant subsister la validité de la clause-or dans les contrats, on tomberait dans un cercle vicieux, les contractants seraient dans l'impossibilité de se procurer l'or nécessaire pour l'exécution de la dite clause. L'Etat étant responsable de cette situation, il serait illogique, injuste pour les débiteurs qui pourraient se ruiner si, en même temps, il n'édicte cette prohibition. Créant une impossibilité matérielle, à savoir celle des débiteurs de se procurer l'or, il a le devoir de légaliser, dans le domaine du droit, toutes les conséquences qui peuvent naître de cette mesure de protection de l'encaisse de la banque d'émission. Nous ne voyons pas comment cette prohibition pourrait ne pas s'appuyer sur l'ordre public

général. Cette défense joue contre la clause-or et non pas contre les individus qui l'ont faite. Mais quelle est la clause qui tombe sous le coup de la prohibition? Celle qui constitue une opération du marché intérieur; il est d'ailleurs extrêmement difficile de démêler, dans la pratique, cette différence entre les opérations internes et extérieures, critérium de la prohibition ou de la permission de la clause; mais cela n'a plus qu'un rapport indirect avec l'ordre public, cette question est un problème de solution d'un conflit, et pour le résoudre, ce n'est pas la nationalité des individus qui détermine la réponse, l'ordre public spécial aux nationaux, mais la nature du contrat et celle-ci fixée, c'est l'intervention de l'ordre public général.

Cette impossibilité matérielle que crée l'Etat en rendant inaccessible l'encaisse métallique constitue l'aspect un peu simple du motif de cet ordre public qui s'attache à la prohibition de la clause-or. Les mobiles qui décident le législateur à rendre d'ordre public le cours légal ne s'arrêtent pas là. En approfondissant le problème, on quitte imperceptiblement le terrain purement juridique, sur lequel nous venons de raisonner, pour aboutir dans le domaine de l'économie politique : c'est ici que se fait sentir la nécessité du cours légal impératif en ce sens que le pays a besoin d'une monnaie aussi stable que possible. C'est le souci de la stabilité monétaire qui fait interdire non seulement la clause-or, mais aussi les stipulations en monnaies étrangères ou même en coupons de l'emprunt français de 1925 à garantie de change⁵. Or, l'ordre public qui, pour ainsi dire, travaille au maintien du franc, peut frapper les Français aussi bien que les étrangers; par contre, le contrat conclu

5. Paris, 26 déc. 1926, D. H. 1926.106; Civ., 17 mai 1927, D. P., 1928.1.25, note de M. Capitant.

Il ne nous est pas possible de nous étendre davantage sur des considérations purement économiques. Il convient cependant de remarquer que si la clause-or, ou celle stipulée en monnaie étrangère était permise en période de cours forcé, cela aurait pour répercussion immédiate une chute précipitée de la monnaie nationale et une hausse consécutive des prix à l'intérieur; ce serait une sorte de fuite devant le billet de banque, phénomène que le législateur tient justement à éviter. Bien entendu nous ne discutons pas ici le bien-fondé de ces mesures ni la possibilité de leur réussite. Tout ce qui nous intéresse à cette place, c'est le but que le législateur veut atteindre et les lois qu'il édicte pour y parvenir,

à l'étranger entre Français et stipulé en monnaie étrangère, peut parfaitement être déclaré valable, même devant des tribunaux français, si aucune intention frauduleuse au regard de l'ordre public français ne peut y être découverte et si, en plus, l'exécution de ce contrat ne tombe pas sous la prohibition, à déterminer par le juge ou le législateur et qui s'étend sur le territoire économique français et n'affecte en rien notre stabilité monétaire. Nous devons de nouveau conclure que l'ordre public de la prohibition de la clause-or est général. C'est le rattachement de cette convention à une législation qu'il faut déterminer et pour ce faire, ce n'est pas la nationalité des individus qui importe, mais la nature du contrat. Pour y parvenir, c'est à l'intention des parties de l'article 1156 qu'il faut recourir⁶, chercher à dégager la loi commune de celles-ci au moment de la conclusion du contrat, etc., mais non pas prendre en considération leur nationalité. Malgré la rédaction de certaines lois récentes⁷ et contrairement à la thèse de M. Louis-Lucas en ce qui concerne cette clause-or, nous soutenons l'opinion qu'en matière contractuelle la nationalité n'influe en rien sur la loi applicable à ce contrat et que l'ordre public y intervient indépendamment de la loi nationale des parties. En même temps nous restons fidèles à la vieille tradition, telle que l'expérience des siècles l'a élaborée et qui a formulé cette expression de *lex loci contractus*, ce qui veut dire la loi du contrat et non pas la loi du contractant. Reste ensuite à fixer cette loi du contrat, au moyen de la méthode expérimentale, en tenant compte, selon les circonstances, soit du lieu de passation du contrat, de son lieu d'exécution, du domicile des parties, bref on lui appliquera la législation du pays, « dans la vie économique

6. V° Trb. com. Bordeaux, 18 nov. 1932, *Rev. critique de D. I. P.*, 1934 p. 144.

7. Voir notamment la loi du 17 mars 1905 concernant le contrôle et la surveillance des compagnies d'assurances sur la vie en France, dont l'exposé des motifs pourrait faire accroire que la nationalité française ait une influence sur la loi applicable au contrat, c'est-à-dire que la seule qualité de citoyen français déterminerait l'intervention de l'ordre public dans telles hypothèses relatives au contrat d'assurance sur la vie. Mais ni la jurisprudence (V° Req. 21 mars 1933, *Rev. Cr. de D. I.*, p. 52) ni le texte définitif ne semblent entièrement souscrire à cette idée qu'il ne serait vraiment pas opportun de consacrer en D. I. P.

et juridique duquel le contrat plonge ses principaux aspects⁸. Mais ce qu'il faut éviter c'est de conclure de la loi nationale des individus à la loi applicable au contrat. Les deux problèmes sont entièrement séparés et les identifier, ne serait-ce que dans des cas d'espèce comme celui de la clause-or, ce serait ouvrir la voie à une conception de la personnalité qui est contraire à la tradition et qui, en plus, n'aurait aucune chance d'aboutir dans la pratique; elle ne ferait qu'obscurcir davantage un problème qui est déjà trop ardu par lui-même.

La conclusion s'impose donc nettement : les contrats et en général les actes de volonté des particuliers obéissent à des règles de conflits de lois qui leur sont propres, complètement indépendantes de la loi nationale des individus. Cette dernière loi ne leur est applicable qu'en matière de statut personnel, c'est-à-dire dans le domaine de l'état et de la capacité des personnes, tout au moins dans les pays comme la France qui ont adopté le système de principe de la compétence de la loi nationale pour ces questions. En conséquence, et d'accord non seulement avec la logique, avec les constatations de fait, avec la tradition de la jurisprudence, mais aussi avec la lettre et l'esprit du Code civil (article 2 alinéa 3 : le seul texte qui en parle), *l'ordre public spécial aux nationaux se cantonne dans le seul domaine de l'état et de la capacité des personnes*. Tout ce qui concerne la matière contractuelle se rapporte à l'ordre public général. Nous ne croyons pas qu'aucune des décisions, abondantes cependant en la matière, consacre un point de vue contraire.

3. *Confusion entre l'ordre public général et l'ordre public spécial aux nationaux. Raison de cette confusion; critique du principe de la nationalité comme règle de rattachement.* — La règle que l'ordre public spécial aux nationaux est limitée dans son domaine à la matière relative à la condition des personnes est sans doute le principe le plus précis qu'il soit possible de dégager à son sujet et encore cette règle est-elle entachée d'une relativité telle que sa réalisation

8. Niboyet, *Manuel*, n° 632bis, p. 810.

pratique rencontre des difficultés d'appréciation considérables. L'exemple de la clause-or nous a démontré combien une confusion entre l'ordre public spécial aux nationaux et l'ordre public général est facile à commettre. Même en ayant écarté, pour l'avoir classé dans l'ordre public général, celui qui surgit en dehors de la condition des personnes, cela ne veut pas dire qu'on a déterminé l'ordre public spécial aux Français. En effet, il arrive très souvent que des lois impératives concernant l'état et la capacité, ne s'appliquent non seulement aux nationaux mais aussi aux étrangers. A travers la matière relative à la condition des personnes, que cependant on fait rentrer dans la personnalité du droit, il y a donc une ligne de démarcation, très difficile à établir et qui départage l'ordre public qu'on rencontre dans ce domaine, en ordre public spécial aux nationaux et en ordre public général. Encore l'exemple du divorce : avant 1884 il était impossible de divorcer en France, même pour les étrangers dont la loi nationale (statut personnel) admettait le divorce; on peut d'ailleurs reprendre tous les exemples cités plus haut à l'occasion de la réfutation de la théorie de « l'exception d'ordre public »; on peut même les multiplier à l'infini mais on n'arrivera pas à épuiser la question. Ici encore, le moyen le plus sûr d'aboutir à un résultat tangible pour un cas d'espèce, c'est de rechercher le motif du caractère impératif d'une loi déterminée concernant l'état et la capacité. Nous avons vu que, pour de multiples raisons, s'étendant du droit privé jusqu'au droit public (capacité juridique de l'individu, aptitude au mariage, service militaire, etc.) il était absolument nécessaire que l'âge de la majorité de tous les Français soit atteint au même moment de leur existence. C'est une simple mesure d'ordre et rien de plus; dans une certaine limite naturelle, peu importe que l'on choisisse cet âge à 20 ou 21 ans. C'est l'*uniformité* de cet âge qu'il faut établir si l'on veut éviter le désordre juridique et même matériel qui résulterait du défaut d'uniformité de la période de minorité. En poussant plus loin le raisonnement sur d'autres espèces, on arrive à peu près au même résultat; mais cela ne met-il pas en cause la solidité de ce statut personnel par excellence?

En effet, malgré l'unanimité de la doctrine et malgré la jurisprudence qui sont d'accord à reconnaître plein effet à la loi d'origine (nationale) des individus quant à leur âge de majorité, on est en droit cependant de connaître la raison qui fait procéder pareille disposition justement de l'ordre public spécial aux nationaux? Evidemment, cela relève d'abord un peu de la logique de la règle de la permanence des lois, telle qu'elle est conçue par l'article 3 : le législateur français désirant qu'on applique la loi française aux nationaux même à l'étranger, il appliquera, autant que cela est possible, la loi nationale (d'origine) aux étrangers résidant en France. Nous savons cela, mais ce que nous continuons d'ignorer et ce qu'aucun auteur n'a véritablement prouvé que par des arguments et convictions de politique pure (Mancini), trop généraux, simplement apparents, affirmant non un principe, mais une pétition de principe, c'est le motif exact de cette permanence, de cette personnalité du statut. Quel lien inaltérable existe-t-il entre l'âge de la majorité et la nationalité? D'une part, l'âge de la majorité joue en droit public (service militaire, droits politiques) et il est certain que cela ne concerne que les nationaux. Mais ces droits et ces devoirs ne sont aucunement liés à l'ordre public spécial aux nationaux que l'on prête à la disposition établissant cet âge à 21 ans. Le Français résidant à l'étranger ne peut exercer ses droits politiques et de toute façon il est astreint de revenir en France pour accomplir le service militaire. Donc, aucun lien entre la nationalité et l'âge de la majorité sur le terrain du droit public; c'est bien un ordre public spécial aux nationaux, mais qui n'a rien à faire avec celui de la majorité. En droit privé on ne rencontre pas davantage de raisons qui prouveraient la justesse de la spécialité de cet ordre public, au contraire. Si, en effet, en droit interne le caractère impératif de l'âge de la majorité a pour but de prolonger d'une façon égale pour chaque personne la période de la minorité et d'éviter ainsi des confusions qui pourraient résulter des capacités juridiques différentes des individus à âge égal, si le délai de minorité par exemple était laissé à la libre appréciation de la volonté individuelle, mieux vaudrait même que le moment de la majorité soit le même pour tout le

monde, pour les nationaux aussi bien que pour les étrangers. Le but du législateur serait mieux atteint. On voit bien que dès qu'on veut saisir le lien qui unit le statut personnel à la nationalité de l'individu, il s'évanouit et de la personnalité du droit il ne reste que la pétition de principe que nous soupçonnons ne reposer sur aucune base juridique sérieuse.

Pourtant, il convient de prendre les faits tels qu'ils sont, analyser l'ordre public spécial aux nationaux d'après la pratique, tout en insistant sur une réforme possible dans le sens que nous venons d'indiquer en prenant pour base non plus la nationalité, mais le *domicile* de la personne. Cette règle de rattachement, combinée avec les règles générales de la compétence judiciaire, aurait pour effet de rayer cette notion presque totalement de la science du droit international privé. Quant à nous, nous ne croyons pas possible de pouvoir lier une grande partie du commerce juridique des individus à leur nationalité qui, somme toute, ne devrait jouer qu'en matière de droit public.

4. *Changements de caractère de cet ordre public. Exemples et suite de la critique du principe de la nationalité.* — Avec l'adoption du système de la personnalité des statuts en matière d'état et de capacité comme solution des conflits de lois, rattachant ces questions à la loi nationale des individus, la détermination de l'ordre public spécial aux nationaux, c'est-à-dire de l'assiette de ce dernier, permet d'établir d'une façon certaine le domaine d'application de la loi étrangère. En effet, une loi impérative concernant la condition des personnes est ou bien d'ordre public spécial aux nationaux ou d'ordre public général. Ce dernier limite le domaine du premier. Une règle interne de capacité juridique par exemple s'impose à tout le monde ou aux seuls nationaux. Maintes fois, et au risque même de devenir monotone, nous avons répété qu'il convient avant tout de rechercher le motif exact de l'ordre public. Or, en matière de la condition des personnes cela n'est pas impossible, cela n'est même pas trop difficile. On finit assez facilement par savoir pourquoi l'âge de la majorité doit être le même pour tous, pourquoi le mariage polygamique est

interdit, pourquoi la femme mariée est incapable, pourquoi, pour qu'une adoption soit possible, le législateur exige que l'adoptant n'ait point d'enfants légitimes, etc. Mais ce qu'il y a de troublant, de décourageant dans le système de la loi nationale, c'est qu'il est toujours possible, en se basant sur des arguments d'une force égale, de conclure dans deux sens, c'est-à-dire qu'on arrive très bien à connaître exactement le motif d'ordre public d'une règle impérative, au moyen duquel on peut juger en même temps de l'opportunité de ce caractère, mais il y a une véritable impossibilité de conclure fermement dans le sens de l'ordre public général ou de l'ordre public spécial aux nationaux. Dans la balance de l'appréciation, les deux possibilités ont presque toujours des chances égales de l'emporter et c'est plus ou moins le hasard qui décide du sort. Nous avons vu l'exemple du statut personnel-type, à savoir l'âge de la majorité. Dans notre for intérieur nous devons nous avouer que l'ordre public qui s'attache à cette disposition, au lieu d'être spécial aux nationaux, pourrait être aussi bien général, sinon davantage ou tout au moins s'appliquer à ceux des étrangers, dont le domicile est en France, et où se trouve, en conséquence, le centre principal de leur commerce juridique. Cela serait infiniment plus rationnel que de les faire régir sur beaucoup de points par leur loi nationale. Le caractère extrêmement fragile et artificiel de cette règle de rattachement éclate à chaque pas et cette distinction entre ordre public général et spécial aux nationaux, qui est pourtant un fait nettement établi, non seulement par la doctrine de l'Ecole franco-italienne, mais inspirée par le Code civil (article 3), mène, en jurisprudence, à des confusions inévitables. Elle est cause de ces hésitations, de ces flottements, de cette variabilité dans le temps, qu'aucun auteur ne se fait faute de souligner.

Le manque d'une base rationnelle, déterminant l'application de la loi nationale, provoque un continuel va-et-vient entre les domaines respectifs de l'ordre public général et de l'ordre public spécial aux nationaux, puisque, avec les mêmes arguments, il est généralement possible d'opter pour l'un aussi bien que pour l'autre. Rien de surprenant,

en conséquence, que la jurisprudence reflète l'imprécision qui se trouve au fond de cette théorie. Que l'ordre public subisse un changement à la suite d'une intervention législative, cela est normal. Le divorce, par exemple, était prohibé en France avant 1884; la loi du 27 juillet de cette année intervenant, la prohibition d'ordre public général devient caduque et immédiatement l'ordre public qui s'attache aux dispositions qui délimitent les causes admises pour pouvoir divorcer, se départage en ordre public général et en ordre public spécial aux nationaux. En effet, même depuis 1884, un *juge français* ne peut prononcer de divorce entre qui que ce soit, conjoints nationaux ou étrangers, si la demande n'est pas basée sur une *faute* et ce principe est d'*ordre public général*. Au contraire, si l'époux demandeur excipe d'une faute de son conjoint, l'ordre public devient spécial aux nationaux; cela veut simplement dire que lorsque la loi nationale de l'individu exige une faute comme cause de divorce, le juge français appliquera cette loi étrangère. Au cas où la loi étrangère invoquée ne contiendra plus l'idée de la faute, le juge français ne l'appliquera pas : c'est l'Allemand qui ne peut invoquer, devant le juge français, l'aliénation mentale de son conjoint pour obtenir le divorce. Tout cela est très compréhensible et rien de plus naturel que le législateur intervienne pour changer une disposition impérative, enlever une prohibition, en édicter une nouvelle, comme l'a fait par exemple le législateur allemand vis-à-vis de la Prusse en 1900. Avant cette date le Code civil prussien admettait le divorce par consentement mutuel et depuis la promulgation du Code civil allemand qui s'applique à toute l'Allemagne, c'est devenu contraire à l'ordre public. La difficulté du problème ne réside pas là, ou, pour s'exprimer d'une façon plus précise, il n'y a aucune différence à ce point de vue entre l'ordre public en droit interne et le droit international privé. Mais lorsqu'on parle de la fameuse variabilité de l'ordre public dans le temps, dans ce domaine, on a en vue quelque chose de plus grave, de plus fuyant, à savoir *le changement de caractère de l'ordre public*. En raison du fondement fragile, en effet, de la compétence de la loi nationale en matière d'état et de capacité, on constate

une facilité, on pourrait presque dire naturelle, de changement de caractère de l'ordre public : de spécial aux nationaux, il a tendance à devenir général; l'inverse peut se produire aussi, mais peut-être plus difficilement. Voici cependant un exemple. A-t-on assez discuté sur le fameux article 340 de notre Code civil, qui n'admet la recherche de la paternité naturelle que dans certaines hypothèses restrictivement indiquées par ce texte. Rentrant dans la catégorie des dispositions concernant la condition des personnes, on aurait dû penser, de prime abord, et étant donné notre système de solutions des conflits, que les juges français appliqueraient aux étrangers leur loi nationale, quant à la recherche de la paternité naturelle, qu'il s'agirait, en d'autres termes, d'un ordre public spécial aux nationaux. Mais il n'en était rien. L'ordre public, qui s'attache au texte de l'article 340, aussi bien dans sa forme ancienne que depuis la loi du 16 novembre 1912, qui a élargi, facilité la preuve de cette filiation, a toujours été considéré comme d'ordre public général en ce sens qu'on croyait qu'un juge français ne pouvait accorder aux étrangers, des moyens plus larges, selon leur loi nationale, que ne le permet la loi française, pour établir judiciairement la paternité naturelle. L'hypothèse est même assez célèbre et on la cite volontiers comme le type même de « l'exception d'ordre public ». Avant et après 1912 la jurisprudence a toujours été très affirmative pour cette raison un peu vague « que ces lois intéressent, en effet, la tranquillité des familles et que leurs preuves (des faits matériels devant entraîner l'opinion du juge en ce qui concerne cette demande en déclaration de paternité naturelle) sont si délicates que des abus graves sont possibles⁹ ». Avant et après 1912 on peut relever une série impressionnante de décisions en ce sens¹⁰; nous nous contenterons de citer un arrêt récent (en faisant remarquer que les considérations qui font repousser la loi étrangère plus libérale, sont toujours plus ou moins identiques¹¹). Il y est dit, notamment, que l'action

9. Niboyet, *Manuel*, n° 648, p. 760.

10. Cass. Req., 25 mai 1868: Sirey, 68.1.365. Aix 27 mars 1890, Clunet, 1891, p. 214.

11. Colmar, 27 janv. 1931, D. 31.2., 137, *Gaz. Pal.*, table 1^{er} sem. 32, p. 64.

de l'enfant allemand en recherche de sa filiation naturelle n'est pas recevable en France si elle se fonde exclusivement sur les déclarations de la mère et sur des témoignages plus ou moins concluants, sans s'autoriser d'aucun des moyens fondamentaux et substantiels prévus par l'article 340 du Code civil, étant donné, d'ailleurs, que l'application de l'article 1078 du Code civil allemand *aboutirait à faire, par rapport aux enfants naturels français, aux enfants naturels allemands une situation nettement privilégiée sur le territoire français*. Le doute, après avoir lu l'énoncé de cet arrêt, ne semble plus permis : la prohibition de la recherche de la filiation naturelle en dehors de l'article 340 est d'ordre public général. Cependant, ici comme ailleurs, lorsqu'il s'agit de l'ordre public en matière d'état et de capacité, il serait possible d'hésiter et dans la doctrine les voix ne manquent pas de restreindre l'ordre public de l'article 340 pour ne l'appliquer qu'aux seuls nationaux¹². Toutefois, la jurisprudence semblait devoir persister dans le sens de l'ordre public général. Mais voilà qu'une récente décision du Tribunal civil de la Seine¹³ déclare nettement que la limitation des preuves de la paternité naturelle, admise par l'article 340 doit être considérée comme une mesure de protection des seules familles françaises et que l'ordre public (général) n'est pas intéressé à ce qu'on applique cette limitation aux étrangers. Un mineur étranger, dont la loi nationale admettait plus largement cette recherche que ne le fait notre disposition, invoquait sa loi d'origine et le tribunal, sans hésitation, lui donnait raison. Si, dans l'avenir, cette façon de voir était définitivement consacrée, cela constituerait le renversement d'une célèbre jurisprudence : par la seule volonté du juge, un cas d'ordre public général serait devenu simplement spécial aux nationaux.

On pourrait ajouter bien d'autres exemples de ces changements de caractère de l'ordre public, de ces transfuges toujours possibles et particulièrement dans le sens contraire. La cause profonde, nous le répétons, réside dans la nature artificielle, forcée, de la règle de rattachement à

12. Voir Audinet, *Rev. de D. I. P.*, 1917, p. 520.

13. Trib. civ. Seine, 23 février 1932, *Rev. de D. I. P.*, 1933, p. 641, Clunet, 1933, p. 356.

la loi nationale comme principe de solution des conflits. Il est presque inutile de constater que ces hésitations, d'ailleurs pleinement compréhensibles, n'ajoutent pas à la sécurité du commerce juridique international. Nous verrons que les conséquences de cet inextricable mélange de l'application de la loi d'origine, de l'ordre public spécial aux nationaux et de l'ordre public général peuvent être bien plus graves encore en matière de droits acquis. La responsabilité de ces confusions incombe en grande partie à la doctrine de l'Ecole franco-italienne et à l'esprit de l'article 3 alinéa 3 du Code civil. Les développements qui vont suivre dans le prochain chapitre démontreront d'une façon peut-être plus décisive encore l'inanité du principe de la personnalité du droit, basé sur la nationalité. En plus, nous sommes convaincus qu'il n'est pas dans l'esprit de la tradition de notre droit français, éminemment fondé sur l'harmonie et l'unité et que tôt ou tard on reviendra à des règles de rattachement plus sages que celle de la loi nationale. Cela voudrait dire, en d'autres termes, que l'ordre public spécial aux nationaux disparaîtrait du domaine du droit privé. Si, en effet, sa présence dans la jurisprudence est un fait, il n'est rien de plus. Aucune règle, en ce qui le concerne, qui aurait une utilité pratique quelconque, ne peut être dégagée; la raison en est, en premier lieu, que partout où il apparaît, il tend à se confondre avec l'ordre public général. Avec davantage de titres même, au lieu d'être spécial aux nationaux, il pourrait être général : c'est justement parce que l'élément de nationalité est une mesure inadéquate pour indiquer une juste solution d'un conflit de lois. Qu'on nous excuse cette image, c'est comme si le paysan voulait jauger les pommes au mètre. Nationalité et solutions de conflits, ce sont là deux éléments étrangers l'un à l'autre et qu'il nous semble impossible de fondre ensemble. Si, malgré tout, on transgresse cette règle de bon sens, on arrive à un résultat tel qu'il est connu sous le nom de la théorie de l'ordre public en droit international privé, où aucune opinion n'arrive à concorder avec l'autre.

5. *Aucune règle précise ne peut être dégagée quant à cet ordre public spécial aux nationaux.* — L'ordre public spécial aux nationaux n'a, en conséquence, aucun caractère propre autre que celui que son nom indique, c'est-à-dire de rendre impératives des règles qui, justement, ne s'appliquent qu'aux nationaux. Nous avons vu que son domaine se place exclusivement dans la catégorie des lois concernant l'état et la capacité. Si toutes les lois relatives à la condition des personnes étaient d'ordre public spécial aux nationaux, peut-être serait-il possible alors de dégager des règles plus certaines, particulièrement en matière de conflits de lois et des droits acquis et pour ce faire, un texte positif pourrait nous servir de point de départ, à savoir l'article 3. Bien entendu, même si cette hypothèse était réelle, si toutes les lois impératives concernant l'état et la capacité, étaient d'ordre public spécial aux nationaux, nous ne pourrions cependant nous empêcher de formuler les mêmes remarques sur cette règle de rattachement peu rationnelle. Mais cette hypothèse est moins que théorique, elle est impossible. Même dans le domaine de la condition des personnes, les règles d'ordre public général sont aussi nombreuses que celles dont l'ordre public est spécial aux nationaux. D'autre part, nous avons combattu la tendance d'une certaine doctrine, quoique nous n'en trouvions aucune trace en jurisprudence, qui voudrait faire déborder le domaine de l'ordre public spécial aux nationaux de son lit naturel — eu égard à notre point de vue, ce terme est évidemment impropre, mais nous l'employons dans le sens des rédacteurs du Code qui crurent qu'il était naturel que les lois concernant l'état et la capacité suivent les Français partout — pour le voir envahir des matières autres que celles de la condition des personnes. Cet enchevêtrement de l'ordre public spécial aux nationaux et de l'ordre public général, que l'on constate partout, soit quant aux domaines respectifs de l'un et de l'autre, soit quant à l'étonnante facilité avec laquelle ils changent de camp, de caractère, implique qu'une règle propre, ayant le seul ordre public spécial aux nationaux pour objet, ne peut avoir de valeur pratique et est même impossible à formuler; elle ne peut être limitée à cet objet, car elle doit

dépasser ce cadre trop étroit pour englober une partie au moins de l'ordre public général. La responsabilité délictuelle est d'ordre public général, ainsi que le principe de la monogamie. Les deux situations n'obéissent cependant pas aux mêmes règles. Le Français peut, en Belgique, contractuellement éluder sa responsabilité délictuelle, mais il ne pourrait valablement prendre, en Egypte, une deuxième femme. L'âge de la majorité de 21 ans est d'ordre public spécial aux Français et la prohibition de divorcer en France pour cause d'aliénation mentale du conjoint est d'ordre public général. Cependant, le Français ne pourrait valablement éluder à l'étranger ni l'une ni l'autre de ces deux règles. On voit que deux principes d'ordre public général peuvent présenter des différences profondes et deux dispositions, l'une d'ordre public spécial aux nationaux et l'autre d'ordre public général obéir aux mêmes règles. Il faut donc abandonner l'espoir de pouvoir dégager des caractères réellement spécifiques concernant cet ordre public spécial aux nationaux; la frontière imprécise entre celui-ci et l'ordre public général que nous avons constatée, nous confirme d'ailleurs cette impossibilité.

En fait de règle concernant cet ordre public spécial, on pourrait évidemment dire, et nous l'avons fait, que son domaine délimite l'application de la loi étrangère en matière de capacité et d'état; mais ne connaissant justement pas ce domaine, cette affirmation est vraiment par trop gratuite.

Devant cet état de choses, nous croyons préférable de tâcher d'élucider les problèmes incidents de l'ordre public, les droits acquis et la fraude à la loi, à l'occasion de l'étude de l'ordre public général, de loin le plus important et le plus logique, celui qui est la création directe et naturelle de la législation interne et qui comprend les règles qui s'imposent à tous les individus résidant sur le territoire, malgré leur volonté contraire et malgré peut-être les velléités d'un législateur étranger, qui désirerait appliquer, à l'étranger, des lois impératives à ses ressortissants, comme le fait d'ailleurs le législateur français.

6. *Cet ordre public spécial aux nationaux devrait disparaître*

tre du domaine du droit privé. — C'est l'analyse de l'ordre public qui nous révèle combien est exorbitant, au fond, ce dernier postulat, cette prétention de la législation interne de vouloir appliquer, à l'étranger, toute une catégorie de lois impératives. Cette remarque nous ramène aux observations que nous avons formulées plus haut quant à la permanence des lois (système Pillet) ou quant à la permanence de l'ordre public (système Louis-Lucas). A la base de l'un et de l'autre se retrouve ce même principe fondamental qui érige la nationalité en règle de rattachement d'une situation juridique à une législation. Si M. Pillet est encore pleinement confiant en la supériorité idéologique de cette règle de rattachement, on a heureusement fait du chemin depuis et les conclusions que M. Louis-Lucas tire de ses « Remarques sur l'Ordre Public » sont singulièrement évocatrices de ce nouvel état d'esprit qui, dans la doctrine, commence à se faire jour. « Il paraît donc qu'il serait plus franc et plus sûr de voir la réalité telle qu'elle est et de reconnaître que les principes du droit international privé et de notre droit international privé en particulier, doivent être revisés puisqu'ils sont, en fait, constamment tenus en échec par l'idée incertaine de l'ordre public¹⁴ ». Il s'agit là uniquement de l'incertitude de l'ordre public spécial aux nationaux et le retour à la territorialité que préconise M. Louis-Lucas, signifierait la disparition complète, en matière de droit privé, de l'ordre public spécial aux nationaux, qui laisserait la place entière à l'ordre public général. En même temps, et en conformité en quelque sorte avec la jurisprudence anglo-saxonne, une mesure symétrique s'imposerait en ce qui concerne l'ordre public spécial aux étrangers : celui-ci devrait également être éliminé du droit privé ; nous renvoyons à ce que nous avons dit plus haut à ce sujet.

14. Remarques, *op. cit.*, p. 441.

CHAPITRE VIII

L'ORDRE PUBLIC GENERAL

Section I

Généralités. Fondement de cet ordre public.

1. *Position de la question. De la tendance de cet ordre public à englober toutes les règles impératives.* — Il est inutile de se faire la moindre illusion sur la portée véritable de l'ordre public spécial aux nationaux. Malgré le grand principe de la nationalité comme base de règle de rattachement, la tendance innée de tous les juges est d'appliquer l'ordre public général. Cela veut dire que lorsqu'un étranger demande au juge français de lui appliquer sa loi d'origine, en vertu du principe de la personnalité du droit, et que, si la loi correspondante française est impérative, le juge français a une préférence marquée d'appliquer la loi française et d'écarter, sous prétexte d'ordre public, la loi étrangère. La raison, toute matérielle, est d'ailleurs très compréhensible. Le juge français a été, avant tout, institué pour appliquer *sa loi*; c'est celle-ci également qu'il connaît le mieux. On dira, évidemment, que notre système de droit international privé fait, lui aussi, partie des lois françaises. Mais on répondra à cela que le silence du législateur français à ce sujet et la doctrine aussi abondante que divergente, témoignent de la difficulté de connaître exactement la portée et le caractère de ces « lois », à la vérité quelque peu spéciales, qui composent le système de droit international privé. Si, comme bien des auteurs l'affirment, l'ordre public procède d'un sentiment plutôt que d'une donnée scientifique précise, il faut se dire que ce sentiment est

naturel, lorsque le juge l'utilise pour appliquer une loi française d'ordre public de préférence à une loi étrangère. La vieille théorie de Waechter¹ qui dit que dans le doute, le juge doit appliquer sa propre loi, n'est donc nullement une énormité doctrinale. En plus, nous connaissons l'impossibilité de faire une juste discrimination entre l'ordre public spécial aux nationaux et l'ordre public général.

Le premier aspect de cet ordre public semble très simple ; à plusieurs reprises nous l'avons déjà pressenti : ce sont les règles impératives internes qui s'imposent à tout le monde sur le territoire. Il ne sera possible ni à la volonté individuelle ni au désir d'un législateur étranger de se prévaloir contre elles. Ces règles comprennent toutes les dispositions d'ordre public qui ne sont ni spéciales aux étrangers ni spéciales aux nationaux. Ce n'est qu'en passant que de nouveau nous mentionnons, que des branches entières de droit, en ce qu'elles contiennent de principes impératifs, rentrent dans cette catégorie : droit constitutionnel, administratif, fiscal, pénal, bref tout le droit public. Mais là ne s'arrête pas l'ordre public général. Ses manifestations les plus curieuses se montrent au contraire dans le domaine du droit privé : un individu, par exemple, introduit une instance de divorce pour cause d'aliénation mentale de son conjoint ou encore il demande l'exécution forcée d'un contrat de louage de service à vie : quelle que soit la nationalité de l'individu, ces prétentions seront repoussées par le juge français ; les règles, nous l'avons vu, qui consacrent ces défenses sont, en effet, d'ordre public et d'ordre public général. On ne voit pas, de prime abord, quelles difficultés autres que celles que nous avons rencontrées à l'occasion de l'étude de l'ordre public en droit interne le problème pourrait soulever. Cependant, en regardant de plus près, bien des endroits obscurs apparaissent. En effet, nous avons quitté le droit interne pur ; il ne s'agit plus, ici, de savoir qui l'emportera, la volonté individuelle ou la volonté législative, problème que l'on doit supposer résolu ; la question s'est légèrement modifiée en ce sens qu'il faut décider de l'application de deux lois concurrentes en présence, la loi

1. Voir *supra*, p. 85 note 5.

d'ordre public interne ou la loi étrangère. Il est vrai qu'en droit interne pur, le problème présente une certaine ressemblance, qui se révèle pourtant assez superficielle. Dans l'hypothèse de la convention qui écarte la responsabilité civile, il faut bien rechercher laquelle des lois est applicable, l'article 1134 ou l'article 1382? Mais on remarquera que la volonté individuelle joue un rôle prépondérant : c'est elle qui a créé de toutes pièces la situation juridique; en plus, les deux lois entre lesquelles il convient de choisir, émanent du même législateur.

Sur le plan international (par hypothèse nous ne sommes pas dans le domaine de la fraude à la loi dont nous parlerons plus loin), la volonté individuelle disparaît entièrement et les deux lois en présence n'émanent plus du même législateur. Le sujet suisse, résidant en France, ne montre, par hypothèse, aucune velléité de changer, par son propre fait, l'âge de sa majorité qui est de 20 ans; seulement, lorsque le juge français aura à trancher par exemple une question de capacité concernant ce Suisse, il lui faudra choisir entre la loi française qui fixe cet âge à 21 ans et la loi suisse. Voilà donc la première difficulté que nous connaissons déjà, celle de savoir s'il s'agit de l'ordre public général ou de l'ordre public spécial aux nationaux. Nulle part il n'est dit expressément dans le Code civil, que la disposition concernant l'âge de la majorité ne s'applique qu'aux Français; la volonté individuelle de ces derniers ne pouvant contrevenir à cette disposition, comment expliquer rationnellement ce phénomène que cet âge de la majorité est d'ordre public spécial aux nationaux? La réponse à cette question, qui consisterait à invoquer le système de droit international privé, la nationalité comme règle de rattachement, n'est pas convaincante, parce qu'on peut répliquer par une autre question, à savoir pourquoi, dans tel cas, on appliquera la loi nationale et non pas dans tel autre, même si on se trouve dans le domaine de la condition de la personne (article 3). Or, tout le problème de l'ordre public se résume dans cette différenciation : on n'applique pas la loi étrangère, soit en matière d'état et de capacité, soit en toute autre matière où l'on a commencé par conclure à la compétence « normale » de la loi étrangère, parce que ce serait contraire à l'ordre

public; la formule n'est pas inconnue. L'ordre public nous fait pénétrer au centre même des conflits de lois et insensiblement la conviction se fortifie que cette notion préside, en réalité, à l'élaboration de toute règle de collision, comme disent les Allemands. En effet, en présence d'une règle supplétive de la législation française, la loi étrangère peut librement s'appliquer; du côté français il y a absence totale d'ordre public et cela signifie liberté entière et pour la volonté individuelle et pour l'application de la loi étrangère. Dans la deuxième situation il y a bien un ordre public français, mais on le suppose spécial aux nationaux en vertu de notre système de solutions des conflits : la volonté individuelle a disparu, mais la loi étrangère peut s'appliquer, comme la majorité suisse s'appliquera aux Suisses en France. En *troisième lieu*, c'est la règle de la législation interne qui s'applique d'une façon exclusive à tout le monde sans exception : c'est un principe d'ordre public général. Dans tout le domaine des conflits de lois on chercherait vainement d'autres alternatives que ces trois situations.

A maintes reprises nous avons pu constater, combien le principe de la personnalité du droit, tel qu'il est issu des Codes civils français et italien, et tel surtout qu'il a été théoriquement gonflé par la doctrine franco-italienne, tient peu de place dans la pratique juridique. Ni le nouveau principe de la nationalité, jouant en matière d'état et de capacité, du Code civil, ni l'envolée doctrinale de la théorie dite latine, n'a pu vaincre la vieille tradition de la territorialité des coutumes qui, somme toute, se base sur le bon sens.

2. *Du fondement de l'ordre public général. Le principe de la double souveraineté de l'Etat.* — L'introduction, dans le droit privé, de la conception de la nationalité, a forcé la doctrine à rechercher un fondement non seulement à l'ordre public spécial aux nationaux, ce qui eût été dans la logique, mais encore à l'ordre public général; nous dirions même que la nouvelle conception de la personnalité du droit, qui, en réalité, s'est directement attaquée à cet ordre public général, c'est ce dernier finalement qu'il fallait

justifier plus encore que le premier, puisqu'il faisait presque figure d'accusé. C'est la fameuse idée de souveraineté qui devait servir d'explication pour les deux. « L'ordre public, s'il est opposé à des nationaux, est pour l'Etat le moyen de sauvegarder la souveraineté sur ses sujets. S'il est opposé à des étrangers, il est pour lui le moyen de sauvegarder sa souveraineté sur son territoire². » Des idées semblables se retrouvent souvent chez les auteurs, surtout ceux de l'Ecole franco-italienne³. En affirmant cette dualité de la souveraineté, on a cru identifier le juste milieu entre la territorialité absolue et la personnalité absolue des lois.

Constatons d'abord que la souveraineté ne s'exprime que par des règles d'ordre public. Or, à la lueur de cette dernière notion, l'idée de la double souveraineté se révèle pleine d'obscurités, d'illogismes. Voilà par exemple un individu français, pour appliquer l'idée de M. Louis Lucas, qui demande à un juge français, le divorce pour cause d'aliénation mentale de son conjoint. En vertu de la « souveraineté personnelle » de l'Etat français sur ses sujets, le juge repoussera cette demande, tandis qu'il faudra invoquer la souveraineté territoriale pour débouter l'étranger qui, devant le même juge, aura formulé une demande identique. A supposer même que les deux conjoints soient l'un Français et l'autre Allemand, mais domiciliés en France, est-il vraiment possible de dire que, pour les mêmes règles françaises d'ordre public, les époux s'y trouvent soumis, le premier en vertu de la souveraineté personnelle et le second à cause de la souveraineté territoriale ? C'est un résultat pour le moins étrange. Mais nous répétons que la doctrine n'est pas seule fautive de ces raisonnements spécieux qui, lorsqu'on les serre de près, risquent de perdre leur solidité apparente ! La faute initiale remonte aux Codes civils français et italien, qui y ont introduit l'idée de nationalité comme élément de solutions des conflits de lois. Sans doute, la doctrine en a exagéré la portée, aggravant de la sorte cette situation du système de droit international privé.

2. Louis-Lucas, *Remarques*, *op. cit.*, p. 427.

3. Weiss, *Traité de D. I. P.*, 2^e éd., t. III, p. 66 et suiv.; Niboyet. *Manuel*, n° 348, p. 408, etc.

3. *La théorie des intérêts mixtes : exemple-type du principe que seul l'ordre public général a un fondement rationnel.* — Nous constatons ainsi, que partout où l'ordre public tend à s'adresser aux nationaux seulement, le fondement de cette spécialité, quant au droit privé au moins, s'écroule, s'évanouit, dès que la raison cherche à dépasser, à examiner ces formules trop simples et trop claires, car cette simplicité de la double souveraineté de l'Etat, qu'on avance pour expliquer la différenciation de l'ordre public, est singulièrement en contradiction avec la réalité des faits : elle ne peut pas ne pas être suspectée.

Un nouvel exemple que nous empruntons à la jurisprudence d'un pays, où le terme de droit international a une signification bien plus forte que chez nous, où il est possible d'étudier cette notion de l'ordre public pour ainsi dire sur le vif, au raccourci, d'une façon ramassée, nous démontre une fois de plus, que malgré toutes les apparences et malgré peut-être la volonté contraire du législateur, la nationalité de l'individu est une conception qui n'a aucune autonomie en droit privé. D'après les accords de 1876 — nous sommes au début de l'épanouissement de l'école de la personnalité de la loi nationale — premier échelon vers l'abolition du régime des capitulations que nous n'avons pas à étudier ici, le souverain égyptien instituait des *tribunaux mixtes* à côté des tribunaux consulaires rendant la justice au nom du souverain étranger, et les tribunaux indigènes. Ces nouveaux tribunaux, quoique composés en majeure partie de juges étrangers, sont des tribunaux égyptiens, rendant la justice au nom du Khédive, et non plus au nom des Etats bénéficiaires des capitulations. Quelle est la compétence de ces trois catégories de tribunaux ? Ce problème est évidemment intimement lié à celui de l'ordre public. Et voilà ce que nous rapporte un auteur qui s'est particulièrement occupé de cette question : « Il semblerait, d'après les textes de 1876, que la nationalité des parties litigantes fût la considération déterminante pour rendre compétente l'une ou l'autre catégorie de tribunaux. Ce n'est point là une raison suffisante, répond la jurisprudence mixte ; il faut considérer non seulement la nationalité mais surtout les intérêts qui se trouvent en

jeu et les deux parties étant de même nationalité, soit étrangère, soit indigène (ce qui, d'après la logique des accords, aurait dû rendre compétent soit le tribunal consulaire, soit le tribunal indigène), il suffira qu'un intérêt tiers apparaisse pour que seule la juridiction mixte doive être saisie⁴ ». Constatons simplement cet échec flagrant de la nationalité.

4. *Seule la souveraineté territoriale est une réalité.* — Si la base de l'ordre public spécial aux nationaux apparaît ainsi comme artificielle et pleine de lacunes, c'est que seul l'ordre public général semble dans la réalité des faits. Non seulement les affirmations contraires de la doctrine, mais encore celles du droit positif (article 3 et exemple des accords de 1876 précités) n'ont pu l'emporter. Les preuves du caractère aléatoire de l'argument *a contrario*, tiré de l'article 3 alinéa 3 peuvent se multiplier à volonté. Que vaut, en plus, l'argument de la souveraineté de l'Etat sur les personnes d'une part et sur le territoire d'autre part? Il y a là un certain abus terminologique. Nous ne croyons pas qu'il soit possible de concevoir un acte de souveraineté sans base territoriale. La souveraineté repose sur la force armée, dont les limites géographiques sont celles de l'Etat qui l'exerce; elle dépend, en conséquence, du territoire de ce dernier : en dehors de ses frontières, *aucun acte de souveraineté n'est concevable*. Cette notion coïncide d'ailleurs avec notre conception de l'ordre public, reposant uniquement sur la force coercitive du pouvoir politique, dont il n'est qu'une expression dans le domaine du droit privé et se trouvant, en conséquence, enfermé dans les limites du territoire. Il est possible que l'Etat accomplisse des actes de souveraineté, dans lesquels l'élément humain est entièrement absent; la prise de possession d'une terre non peuplée d'une île déserte par exemple constitue un acte de ce genre, tandis qu'il nous est impossible d'imaginer qu'un acte de souveraineté puisse s'exercer uniquement sur les personnes. Cette souveraineté sur les personnes n'est justement possible que parce qu'elle s'appuie sur la souveraineté sur le territoire qui lui sert de

4. Blanchard, *op. cit.*

base. Même là où l'ordre public spécial aux nationaux se justifie pleinement, à savoir en matières de droits et obligations de droit public, il a besoin pour être efficace du renfort de la souveraineté territoriale : pour l'individu qui se trouve à l'étranger, l'obligation de faire son service militaire n'est qu'une obligation naturelle. Aucune sanction directe ne peut l'atteindre en cas d'infraction à cette disposition ; le lien territorial y est nécessaire. D'autre part, si on applique l'ordre public général aux étrangers en France, en vertu de la souveraineté territoriale, c'est cependant sur des personnes qu'elle s'exerce et le sens du terme « territorial » est quelque peu forcé, d'autant plus qu'on veut la distinguer de la souveraineté personnelle, agissant vis-à-vis des nationaux. En réalité, la souveraineté n'est pas double, elle est uniquement territoriale.

En conséquence, la souveraineté sur les personnes, à l'aide de laquelle on cherchait à expliquer l'application de la loi nationale, la permanence d'une certaine catégorie de lois ou la permanence de l'ordre public vis-à-vis des nationaux, se réduit à son tour à néant et on peut en conclure *qu'il n'y a qu'un seul ordre public qu'il soit possible de justifier, l'ordre public général*, celui qui découle directement de la souveraineté territoriale.

L'idée de nationalité et avec elle l'ordre public spécial aux nationaux, se trouvent ainsi suspendus dans le vide, sans attache rationnelle, sans fondement logique et il n'est pas étonnant qu'elle ait jeté la plus grande perturbation et dans la doctrine et dans la jurisprudence. En doctrine, elle a souvent provoqué une spéciosité d'argumentation qui a fini par ressembler à la scolastique, c'est-à-dire pratiquement non seulement inutile mais même propre à créer des obstacles de conscience, si l'on peut dire, et qui nous fait penser à la fable du mille-pattes à qui un autre animal avait insidieusement demandé des détails sur sa façon de marcher, ce qu'il faisait par exemple avec sa 87^e patte au moment où sa 372^e patte était à moitié levée ; les pensées et réflexions du mille-pattes se brouillèrent et il resta immobile. En jurisprudence, la nationalité a abouti à des décisions divergentes, à l'incertitude des relations juridiques internationales, qui se révèle plus encore en matière de droits acquis.

5. *Les deux situations possibles.* — Deux situations, différentes de principe peuvent maintenant se présenter. Ou bien un individu, peu importe sa nationalité, française ou étrangère, demande à un juge français de lui appliquer une loi étrangère, parce que, à tort ou à raison, il croit que c'est cette loi qui est compétente. Par hypothèse, la loi française correspondante est différente et, en plus, elle est d'ordre public général. Il s'agit donc d'un *conflit de lois*. C'est la situation la plus simple. En deuxième lieu, un individu demande en France le respect d'un droit qu'il a acquis à l'étranger, en vertu de la législation étrangère, mais qu'il n'aurait pu acquérir en France, parce que la création de ce droit eût été contraire à l'ordre public. Immédiatement plusieurs distinctions s'établissent dans ce chapitre des *droits acquis*. Il faut d'abord se demander, si le demandeur est français ou étranger; ensuite si l'ordre public qui se serait opposé à l'acquisition du droit en France était spécial aux nationaux ou non; quel rôle la volonté individuelle a joué dans l'acquisition du droit, si l'individu est simplement allé à l'étranger pour frauder la loi française, c'est-à-dire pour éluder une disposition impérative de notre législation, etc. Etudions d'abord l'ordre public général dans les conflits de lois.

Section II. Première situation : l'ordre public général dans les conflits de lois.

1. *Du caractère exclusif des principes d'ordre public général.* — Nous avons dit que l'ordre public général dans les conflits de lois constituait l'aspect le plus simple de cette question. L'hypothèse est celle où un problème juridique se pose et doit être résolu dans le ressort géographique d'une législation interne, de la nôtre par exemple et, par hypothèse également, on demande d'appliquer à cette situation et sur notre territoire, une loi étrangère. En plus, nous supposons que le principe français, qu'on a qualifié comme correspondre à la loi étrangère, est d'ordre public général, c'est-à-dire qu'il doit s'imposer, en territoire français, à tout le monde. Si la loi étrangère qu'on invoque,

décide, par hasard, dans le même sens que la loi française, ce sera tant mieux pour le demandeur, car peu lui importe alors qu'on applique la loi française ou la loi étrangère. Ce n'est cependant que cette dernière qui est prise en considération et cette affirmation se contrôle aisément dès l'instant où le contenu de la loi étrangère diffère de notre principe correspondant : seul ce dernier principe, le nôtre, sera appliqué.

Personnifions l'hypothèse dans un exemple. Deux individus quelconques, même Belges, ont contracté en Belgique. En vertu de l'article 1134, du Code civil belge, qui correspond au nôtre, le débiteur a opposé au créancier une clause d'exonération complète en cas d'inexécution du contrat, même imputable à sa faute. Le débiteur, effectivement, commet une faute qui rend l'exécution du contrat impossible. Pour une raison ou une autre, le créancier intente valablement, devant un juge français, une action en dommages-intérêts contre le débiteur en se basant sur la responsabilité délictuelle de l'article 1382 de notre Code civil. La législation française est ainsi appelée à résoudre le problème et le juge le fera dans le sens de ses propres lois, pour cette raison que l'article 1382 français est d'ordre public général. Il accordera, en conséquence, les dommages-intérêts demandés. Le débiteur aura beau alléguer que l'article 1382 belge n'étant pas d'ordre public, qu'en plus le contrat a été conclu en Belgique et que, de ce fait, la clause d'exonération doit avoir plein effet, rien n'y fait. La compétence du juge français étant reconnue, celui-ci, en raison de l'ordre public du texte, n'appréciera la faute et ses conséquences que d'après ses propres principes. Peu importe la raison de la compétence du juge français, il peut être compétent en raison du contrat, parce que son exécution par exemple doit avoir lieu en France, ou parce que la faute a été commise en territoire français; mais il peut l'être aussi en raison d'une simple règle de procédure, à cause du domicile du défendeur par exemple qui se trouve en France. Tout cela importe peu d'ailleurs, la seule chose qu'il faut retenir, c'est que le tribunal français est valablement saisi et qu'il jugera d'après notre article 1382, en vertu du caractère d'ordre public général de ce texte. Dès

qu'il ne s'agit pas d'exciper d'un droit acquis, et en l'occurrence ce n'est pas le cas — le demandeur veut simplement être protégé par la loi française d'ordre public général — le juge ne pourra tenir compte de la loi étrangère si la sienne a un caractère impératif vis-à-vis de tous. Bien entendu, si le juge français se déclare incompétent pour trancher le litige, il devra s'en tenir à cette incompétence qui, de nouveau, peut résulter soit de la nature du contrat, soit de ses règles de procédure, et débouter le demandeur, rien de plus. C'est un conflit de juridiction qu'il faut résoudre au préalable et qui, en général, n'influe pas sur la solution du conflit législatif. Il en est cependant différemment lorsqu'une règle d'ordre public général est en cause. Il convient bien de résoudre d'abord le conflit de juridiction, mais si la juridiction française est compétente, cette compétence entraîne, en même temps, celle de la législation française, du principe français d'ordre public général.

Voilà ce que dit, en substance, en matière de responsabilité délictuelle, un arrêt de la Cour de Patras, qui confirme entièrement notre thèse : La clause de non-responsabilité dans un connaissance est nulle eu égard à la faute lourde du capitaine. Son seul effet est de mettre le fardeau de la preuve à la charge du réclamant. Peu importe que la loi du lieu du contrat — en fait la loi anglaise — admette la validité de la clause. Les tribunaux grecs sont tenus d'appliquer la règle d'ordre public grecque concernant cette responsabilité⁵.

Le sens de cet ordre public semble donc assez précis : il détermine d'abord l'identité de solution du conflit juridictionnel et du conflit législatif. On peut encore s'exprimer d'une autre façon et dire : lorsqu'on demande, dans le ressort géographique d'une législation, la solution d'un problème juridique et que si la loi de cette législation, qui se rapporte à la situation, au rapport de droit, est d'ordre public général, on ne peut chercher ou puiser dans une autre législation que celle qui est saisie, la règle applicable à ce rapport. C'est la *lex fori* et elle seule qui doit être

5. Cour d'appel de Patras, 1907, *Revue de D. I. P.*, 1912, p. 490. Dans le même sens on trouve une décision du tribunal civil de Caen du 11 février 1907, *Revue de D. I. P.*, 1912, p. 762.

consultée; comme dit M. Arminjon, c'est une « règle de rattachement purement national »⁶. Ce raisonnement, qui pourtant ne se base que sur de simples constatations et sur le bon sens, n'est pas intégralement admis par M. Kahn. Cet auteur prétend, en effet⁷, qu'il est très possible que la réalité peut se présenter d'une manière différente du principe que nous venons de formuler et que d'autres élaborateurs du droit — il cite les notaires, les avocats, les arbitres — peuvent avoir une conception divergente et ne pas appliquer, dans la pratique, ces lois prohibitives et exclusives, c'est-à-dire les règles d'ordre public général et se référer à une loi étrangère d'après leur conception propre du système de solution du conflit. Ce notaire, cet avocat, cet arbitre, appliquerait par exemple la loi belge dans l'hypothèse que nous avons mentionnée. Dans ces cas, ajoute M. Kahn, le caractère exclusif et prohibitif — et sans contestation possible, on peut réellement leur donner ce qualificatif — des règles en question, de l'efficacité de l'ordre public général, est subordonnée à une demande en justice; c'est seulement en voulant forcer, consacrer par le juge, l'application de la loi étrangère, que l'ordre public général se découvre et agit dans le sens que nous avons indiqué, c'est-à-dire pour repousser la loi étrangère et déterminer l'application de la loi du forer. On ne sait si l'auteur parle sérieusement, si ces affirmations singulières, étonnantes de la part d'un jurisconsulte tel que M. Kahn, sont sincères. Il est évident que les particuliers peuvent se référer à une loi étrangère, même contraire à notre ordre public. La question est seulement de savoir ce que cette référence vaut? Si jamais il y a un désaccord entre les parties, si jamais le litige est porté devant les tribunaux, aucune convention particulière qui se base sur une loi étrangère, ne peut avoir d'effets si elle va à l'encontre d'un principe d'ordre public général. Il en est exactement de même en droit interne pur : on peut conclure des contrats, faire naître des obligations dont la cause est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre

6. Arminjon, *Précis*, t. I, pp. 190 à 225.

7. Kahn, *Abhandlungen*, t. I, p. 198.

public (articles 1131 et 1133); les particuliers, à ce point de vue, ont toute latitude, ils peuvent même changer leur statut personnel, différer l'âge de la majorité, etc. Au même titre on peut prétendre que les prohibitions, qui ont pour objet de défendre ces obligations illicites, ne sont d'ordre public que si on veut forcer judiciairement l'exécution de ces contraventions. De pareilles spéculations ne rentrent plus dans le cadre de la science juridique. En dernière analyse, outre le législateur, c'est toujours le juge qui dit le droit et c'est l'opinion de ce dernier qu'il faut connaître, comment il interprète la pensée du législateur. Faire un contrat illicite, l'exécuter même, c'est un simple fait, ce n'est pas une règle juridique. Ce qu'il faut dégager, c'est le principe que le législateur considère comme le plus juste et pour l'application duquel il prêtera sa force coercitive. L'argument de M. Kahn n'a donc aucune valeur juridique et l'on peut constater que l'ordre public général emporte toujours le caractère exclusif ou prohibitif de la règle à laquelle il s'attache et cela par rapport à la volonté individuelle aussi bien que par rapport à l'application de la loi étrangère. Sous la réserve que nous indiquerons plus loin, le seul fait de la compétence du juge français entraîne toujours la compétence de la règle française d'ordre public général. C'est une règle de solution du conflit législatif.

2. *Quels sont les principes d'ordre public général.* — Le Code civil donne une formule très large quand il décrit les principes de notre législation qui doivent être d'ordre public général : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire » (article 3 alinéa 1^{er}) et dans le second alinéa du même article il précise que les immeubles sont régis par la loi française. Le Code ne fait là qu'exprimer la vieille tradition de la territorialité absolue des lois de sûreté, dont le droit pénal est l'expression la plus caractéristique et, en ce qui concerne les immeubles, la solution également traditionnelle de la compétence de la *lex rei sitae*.

Il nous paraît quelque peu superflu, ou tout au moins théorique, de chercher de savantes justifications générales à la compétence exclusive de ces lois, ou plus exactement

des dispositions impératives de ces lois. Que l'on s'imagine un seul instant un état de choses contraire, c'est-à-dire la possibilité d'appliquer concurremment des lois « réelles » et pénales de provenance législative différente. Ce serait une anarchie juridique. Voilà un immeuble, dont la législation peut changer selon, par exemple, la nationalité du propriétaire et les droits réels changeraient dans la même mesure, selon les différences qui existent entre les diverses législations. Pour que la propriété d'un meuble soit parfaite, il faudrait tantôt la tradition, tantôt la simple convention et pour un même crime, deux individus, seraient éventuellement différemment punis. C'est pour ces considérations d'ailleurs, que l'Empire Ottoman avait longtemps défendu aux étrangers le droit d'être propriétaires d'immeuble. Lié par les traités à l'obligation d'appliquer aux étrangers leur législation d'origine, le sultan ne pouvait se résoudre d'étendre ce régime aux immeubles et lorsque la prohibition disparut, ce furent les lois turques qui s'appliquèrent aussi aux immeubles détenus par les étrangers. C'était une brèche nécessaire au système des capitulations qui, dans les autres branches du droit, avait une importance moindre en raison du petit nombre d'étrangers résidant en Turquie. La raison de l'application exclusive de ces lois dans leurs dispositions impératives consiste simplement dans la nécessité, parce qu'on ne peut faire autrement⁸ ou parce que, à tort ou à raison, on croit que le principe de la législation interne qu'on demande d'écarter en faveur d'une loi étrangère, est tellement fondamental pour l'organisation de la Société, que sa non-application constituerait un trouble sérieux. Si, très souvent, il y a une véritable nécessité matérielle d'appliquer exclusivement la *lex fori*, en ce qui concerne par exemple les immeubles situés dans le ressort légis-

8. Voilà par exemple comment M. Blanchard justifie la compétence territoriale de la loi pénale (*op. cit.*, p. 537). « Au pénal, un tribunal applique toujours sa propre loi. La raison en est simple : le législateur est seul chargé du maintien de l'ordre et de la sécurité sur son territoire. Il a sa conception propre de l'ordonnance qui doit y régner et, s'il a choisi celle-ci de préférence à celle-là qui peuvent être en vigueur dans d'autres pays, c'est qu'il la regarde comme supérieure aux autres, etc... C'est pourquoi les lois pénales sont au premier rang des lois d'ordre public : il en résulte qu'elles doivent seules être mises à exécution sur le sol d'un pays. »

latif du juge, il y a aussi la nécessité que l'on pourrait appeler morale, basée sur « la considération d'idées, de croyances dogmatiques, ou tout au moins de coutumes liées à des idées de race, à d'anciennes notions religieuses plus ou moins conscientes. *Ces considérations sont strictes, exclusives*, comme le sont les religions, comme l'est la foi »⁹. Si, dans la première hypothèse, l'ordre public général est assez facilement déterminable, il en est autrement dans la seconde qui, à chaque pas, oppose à l'analyse les difficultés les plus considérables. C'est justement pour cette raison qu'il nous paraît absolument impossible d'étudier l'ordre public en droit international privé sans avoir, au préalable, approfondi le problème en droit interne, dans la législation française par exemple. Outre qu'il est indispensable de connaître les *tendances* du juge pour résoudre les conflits de lois ; qui influent directement sur le rôle de l'ordre public, une législation est toujours traversée dans tous les sens d'une série de *leitmotivs* plus ou moins apparents, autour desquels elle se montre particulièrement sensible et qui, très souvent, ne se révèlent qu'au cours d'une longue étude du droit.

3. *Du caractère des règles de solution des conflits de lois.* — Nous avons déjà parlé de cette question en réfutant la théorie de « l'exception d'ordre public ». D'après certaines affirmations doctrinales, on pourrait croire que le système de solution des conflits se composerait de règles d'ordre public et il s'agirait évidemment de principes d'ordre public général. Il convient donc d'élucider définitivement cette question en traitant de l'ordre public général.

On dit, par exemple, que la jurisprudence française rattache la condition des personnes à la loi nationale des individus. Mais suivant nous, cela n'est qu'une tendance et, contrairement à ce que M. Niboyet affirme¹⁰, elle ne s'impose pas au juge en qualité de règle d'ordre public.

9. Arminjon, *Précis*, t. I, p. 216. Se rapporter aussi au développement que nous avons donné plus haut sur l'impossibilité d'accorder, en France, le divorce pour cause d'aliénation mentale. Cette impossibilité remonte très loin dans l'histoire du droit français.

10. Voir *supra*, p. 80.

Quant à ce prétendu caractère absolu des règles de rattachement, c'est-à-dire du système de solution des conflits, M. Pillet est plus explicite encore : « 1. Tout rapport de droit établi en violation des règles d'ordre public de la *loi compétente*, doit être considéré en *tout lieu* comme irrégulier et de nul effet. De là dérive pour le juge l'obligation de rechercher quelle était la loi d'ordre public compétente et de refuser sa sanction au rapport de droit existant au mépris des dispositions de cette loi. 2. Tout rapport de droit établi en conformité de la loi compétente doit être tenu pour valable, à moins qu'il ne soit contraire à l'ordre public du pays où l'on prétend le faire valoir¹¹ ». C'est de notre propre initiative que nous avons souligné les passages, exprimant une idée qui semble sujette à caution.

Quelle est d'abord la loi compétente ? C'est certainement celle que le juge saisi désignera comme telle et dans une législation elle *peut ne pas être* la même que dans une autre. Le juge anglais désignera comme compétente la loi américaine pour divorcer deux Italiens domiciliés aux Etats-Unis, tandis que le juge français aura plutôt recours à la loi nationale des individus, c'est-à-dire la loi italienne qui interdit le divorce. On voit que l'exemple le plus simple met en cause l'universalité de la « loi compétente » ; une loi ne peut être compétente « en tout lieu » que par rapport à la législation du juge saisi. En plus, la première affirmation de l'éminent auteur se trouve neutralisée par sa seconde proposition, à savoir celle par laquelle il fait dépendre l'application de la loi étrangère, même « compétente », d'un principe d'ordre public général de la législation saisie. C'est bien ce dernier principe qui primera la loi étrangère, qui, en conséquence, n'était nullement compétente. Devant ces différentes constatations, on peut vraiment se demander si les règles théoriques de solution des conflits ont un caractère d'ordre public, c'est-à-dire qu'elles s'imposent au juge ? Nous ne le croyons pas et c'est pour cette raison que nous sommes amenés à préférer au terme *règle* de solution des conflits celui de *tendance* ; le juge *incline* à appliquer à la condition des personnes la loi nationale

11. Pillet, *Principes de D. I. P.*, § 213, p. 424.

des individus, mais il n'y est pas forcé : les principes d'ordre public général priment de beaucoup cette tendance. C'est eux qu'il convient de consulter avant même d'essayer de vouloir introduire une loi étrangère et ce que nous avons constaté à maintes reprises se trouve de nouveau confirmé : l'ordre public général, tel qu'on le rencontre en droit international privé, est simplement une reproduction, une réédition d'une certaine partie des règles prohibitives et impératives de la législation interne. Nous savons donc définitivement à quoi s'en tenir avec le caractère du système de solution des conflits de lois : les principes qui le composent ne sont pas d'ordre public et ne peuvent pas l'être parce que cette affirmation aboutirait à ce résultat quelque peu obscur qu'une règle d'ordre public, le système de rattachement, serait évincé chaque fois qu'un autre principe d'ordre public général serait en contradiction avec le système de solution de conflits.

C'est encore dans le postulat de la compétence de la loi personnelle de l'individu en matière d'état et de capacité que l'ordre public vient démentir le système de droit international privé. Dès qu'une loi étrangère se révèle quelque peu différente de la loi française, elle est écartée sous prétexte d'ordre public et la règle française correspondante lui est substituée. Il en est ainsi par exemple en matière de délit d'abandon de famille : les étrangers en France se trouvent soumis aux lois du 7 février 1924 et du 3 avril 1928, peu importe que leur loi personnelle connaisse ou non ce délit. En dehors même de son caractère pénal, cette mesure tombe dans tous les cas sous le coup de l'article 3 alinéa 1^{er} du Code civil (lois de police et de sûreté¹²). Il en est de même du droit de garde des enfants¹³. Nous connaissons l'exemple du divorce ; en cette matière, en réalité, la loi française constitue le maximum de libéralité qui peut être accordée aux étrangers devant les tribunaux français. Les exemples se laissent multiplier à l'infini. On peut dire, que chaque fois qu'en matière d'état et de capacité des personnes, on applique une loi interne à un étranger, le

12. Trib. corr. Seine, 24 déc. 1930, *Rev. Droit int. privé*, 1932, p. 279.

13. Trib. civ. Seine, 7 mai 1919, *Rev. Droit int. privé*, 1919, p. 134.

système de solution se trouve infirmé. Or, cela arrive tellement souvent qu'il nous semble plus franc de réduire la règle théorique de solution des conflits à la *tendance* du système de rattachement qui est la réalité. Nous faisons expressément remarquer que ce terme a une valeur juridique discutable; il met cependant davantage en relief la fragilité d'une règle trop générale de rattachement. La vérité c'est qu'il faut procéder par cas d'espèce : une règle de solution d'un conflit ne peut être dégagée d'une façon certaine que pour une hypothèse déterminée.

Il convient d'ajouter que la règle de rattachement — et ici cette dénomination redevient adéquate — n'acquiert une valeur réelle que lorsqu'elle désigne comme loi compétente la *lex fori*. Mais cela nous conduit à parler du domaine de l'ordre public général.

4. *Du domaine de l'ordre public général.* — Le juge, avons-nous dit, applique de préférence à une loi étrangère celle de son propre législateur. C'est de cet état d'esprit et non pas d'un autre, que la pratique du droit international privé est issue; c'est pour cette raison également qu'il est impossible de déterminer d'une façon exacte le domaine de cet ordre public général qui s'applique à tout le monde : il s'étend sur toutes les branches du droit et il se trouve même à la base des règles de rattachement les plus célèbres. Ainsi, l'élaboration des vieilles coutumes de la compétence de la *lex rei sitae* et du principe de *locus regit actum* ne procède pas d'un autre fondement. Il est évident que ces règles se sont d'abord imposées pour rendre compétente la loi interne; le principe que pour la forme des actes passés à l'étranger ou pour des choses corporelles situées à l'étranger, c'était la loi étrangère qui devait être compétente, ne s'est dégagé que par la suite. On a très certainement commencé par dire : tous les immeubles situés dans le ressort de notre législation, sont exclusivement régis par nos propres lois et non pas : les immeubles situés à l'étranger sont soumis à la loi de leur situation. Cette dernière proposition n'est que le fruit du développement du commerce juridique interprovincial et international et elle s'imposait par la logique des choses, mais dans tous les cas elle s'imposait avec moins de force que la première proposition,

puisque, dans quelque domaine que ce soit, l'ordre public général peut toujours s'opposer à l'application de la loi étrangère.

Il convient de constater d'abord, que l'*application exclusive des règles impératives du droit public procède directement de l'ordre public général*. Il est très rare que les tribunaux appliquent une règle de droit public étrangère et particulièrement une mesure politique ou économique. La raison est plus simple que l'on ne s'imagine. Une règle de droit public, règle constitutionnelle, fiscale, politique, etc... est toujours l'expression plus ou moins directe du parti politique au pouvoir. Elle est dictée dans le but d'affirmer ce pouvoir et il serait pour le moins bizarre que le juge prête main forte au souverain étranger en appliquant ses mesures d'ordre public, qui, nous le savons, ne peuvent posséder ce caractère qu'à l'intérieur de l'Etat qui les a édictées. Le juge doit ignorer ces mesures du souverain étranger nées sous l'impulsion de la lutte politique, intérieure. Il est incontestable que cette attitude de stricte neutralité se lie directement à l'ordre public général. Si le caractère de la mesure du souverain étranger est éminemment politique, la neutralité du juge d'un autre souverain est également et au plus haut point une règle politique et de ce fait, elle prime tous les principes de droit international privé en matière de droit civil.

Les exemples, en cette matière, sont célèbres; voilà d'abord deux arrêts récents, dont le retentissement n'a pas été considérable, mais qui cependant sont significatifs. Le Tribunal de commerce de la Seine avait récemment à apprécier des dispositions du législateur allemand concernant la réforme monétaire allemande. Ce sont là des mesures économiques autant que politiques et en raison de son devoir de neutralité en matière de politique interne d'un autre Etat, le juge français s'est déclaré incompétent parce qu'« il n'appartient pas à ce tribunal de connaître et d'appliquer les textes législatifs de l'Etat allemand concernant la réforme monétaire de cet Etat et ses conséquences sur les créances privées¹⁴ ». Dans le même esprit est conçu l'arrêt

14. Trib. com. Seine, 11 déc. 1930, Clunet, 1933, p. 82.

de la Cour de Colmar qui dit que le billet, qui a pour cause l'achat en Allemagne, avec des billets de banque français, de monnaies allemandes d'or et d'argent, destinées à être transportées en France pour la fonte, n'est pas contraire aux bonnes mœurs (notre juge a eu en vue l'art. 1133, mais il eût mieux valu qu'il dise, au lieu de *bonnes mœurs*, « *illicite* », terme également contenu dans ce texte et plus approprié pour la circonstance¹⁵). Il est évident que la cause d'une obligation ne peut être illicite qu'en égard à la législation française et elle l'est d'autant moins en France que la loi allemande qui édicte la défense est une mesure politique; le juge français devait en refuser la sanction et ce refus constitue une attitude de droit public¹⁶.

Dans ce même ordre d'idées, on relève, en jurisprudence, des affaires bien plus connues encore.

Celle qui se rapporte à la marque de fabrique des *Pères Chartreux* a donné lieu à une série impressionnante de décisions dans le monde entier. La loi française du 1^{er} juillet 1901 sur les associations, qui, entre autre, a dissous les Congrégations religieuses, mesure à la suite de laquelle, leurs biens ont été acquis au liquidateur sans indemnité, est une loi politique que les tribunaux étrangers n'ont pas à connaître en vertu de leur neutralité vis-à-vis de la politique intérieure d'un autre Etat. L'acquéreur qui, en France, s'est vu adjuger la marque de fabrique des Pères Chartreux, ne peut se prévaloir, à l'étranger, de cette acquisition contre les moines qui continuèrent, sous le même nom qu'auparavant, la fabrication de leur liqueur en Espagne. Aucune décision, et elles sont nombreuses, n'a donné raison à la Compagnie Fermière de la Grande Chartreuse, ayant-cause du liquidateur de la Congrégation, qui, dans presque tous les pays, essaya de faire condamner les Pères Chartreux pour concurrence déloyale à des dommages et

15. C. Colmar, 2^e Ch., 24 juin 1932, *Clunet*, 1933, p. 336.

16. Voir aussi le Tribunal fédéral suisse du 26 février 1926 qui a cassé une décision du tribunal civil de Genève qui avait admis la compétence des lois allemandes du 15 juin 1922 et du 14 février 1924 relatives à la revalorisation des créances, conséquences de la chute du mark (Arrêts du Trib. féd., t. 58, II; n^o 21, p. 124).

Revue de Droit international privé, voir l'étude de M. Arminjon : « Les lois politiques et le droit international privé », 1930, p. 385-396.

intérêts¹⁷. Il en est de même des incapacités politiques¹⁸, de certaines mesures de guerre¹⁹, des mesures de nationalisations des Soviets²⁰. Toutes ces lois étrangères ne pour-

17. Trib. de Buenos Aires, 23 déc. 1905; *Revue de D. I. P.*, 1909, p. 314. Cour Suprême d'Angleterre, 11 déc. 1907, *Revue*, 1908, p. 270. etc.

18. Il faut entendre par là la privation de droits civils, infligée à un individu à titre de peine politique. Un juge étranger ne peut reconnaître cette mesure. Aff. Duc de Brunswick (Sirey, 1836, II, 70); par la décision du 16 janvier 1836, la Cour de Paris refuse de reconnaître l'incapacité, suite d'une mesure politique de son pays, de la personne du duc de P. Egalement dans le même sens : C. de Paris, 26 nov. 1850 (Sirey, 1850, II, 666), aff. du roi François I^{er} des Deux-Siciles. Aussi : Trib. civ. Seine, 7 mai 1873 (Clunet, 1875, p. 20) aff. Potocki; notre tribunal n'a pas reconnu la validité, en France, d'un oukaze du tsar de Russie, frappant d'incapacité le sieur Potocki.

19. Il va sans dire que deux Etats, en état de guerre l'un contre l'autre, ont rompu toutes les relations juridiques mutuelles; à plus forte raison ne peuvent-ils jamais appliquer des mesures de guerre qui seraient édictées par l'ennemi. Pour la raison que nous avons dite, c'est-à-dire par définition même, l'Etat neutre ne peut, lui non plus, tenir compte des mesures de guerre des belligérants. Voir un arrêt du Tribunal fédéral suisse du 17 avril 1916 (*Revue de D. I. P.*, 1917, p. 348). Voir particulièrement l'étude de M. Cassin : « L'interdiction du commerce et des relations économiques avec l'ennemi », *Revue de D. I. P.*, 1918, p. 388-420 et *Répertoire de Droit international*, t. IV : « Condition des biens ennemis ».

La jurisprudence de tous les pays neutres a été unanime à refuser toute efficacité aux mesures de guerre.

20. Par les décrets des 13 et 26 décembre 1918 les Soviets ont instauré, en territoire russe, l'abolition de la propriété privée. Indépendamment de toute reconnaissance de l'Etat soviétique par un gouvernement étranger, cette mesure ne peut obtenir aucune consécration à l'étranger, parce qu'elle constitue une mesure politique qui ne peut regarder le juge étranger. En ce qui concerne particulièrement la jurisprudence française, elle a toujours refusé de prendre en considération ces décrets. Cela résulte encore du principe de droit public de la neutralité du juge en matière de politique intérieure d'un autre Etat. Non pas parce que ces décrets constituent une spoliation des individus qu'on leur refuse l'application à l'étranger, mais en raison de leur caractère politique. Il n'y a d'ailleurs spoliation que du côté des particuliers, du côté de l'Etat soviétique c'est exactement le contraire, c'est-à-dire un enrichissement. Mais cela ne regarde pas le juge français; il n'a pas non plus à invoquer l'article 545 de notre Code civil, qui dispose impérativement que nul ne peut être exproprié sans recevoir une juste indemnité. Cet argument, mis en avant par M. Niboyet (*Répertoire de Droit international*, V^o Ordre public, est parfaitement superfétatoire et même en contradiction flagrante avec la vieille règle *locus regit actum*; pour le juge français, une seule règle compte, à savoir son attitude neutre, qui l'oblige à ignorer les lois politiques étrangères.

Les deux affaires les plus connues en la matière sont :

Aff. *Opiorg* (Trib. Seine, 12 déc. 1923, *Clunet*, 1924, p. 437) : les anciens propriétaires de marchandises confisquées en Russie les revendiquent avec succès devant le juge français, qui, en conséquence, ne tient pas compte des décrets d'expropriation.

Aff. *Ropit* (Cass., 15 mars 1928, *Revue de Droit int. privé*, 1929, p. 288) : Une société de navigation russe avait réussi à envoyer une partie de ses bateaux à l'étranger et à échapper de la sorte à la nationalisation. Après la reconnaissance des Soviets par la France, l'Etat russe les revendique sans succès devant les tribunaux français.

ront jamais obtenir application en dehors de l'Etat qui les a promulguées et non pas exactement — expression que nous trouvons trop vague — parce que, comme on a l'habitude de dire, ce serait contraire à l'ordre public, mais parce que la règle la plus élémentaire d'une législation consiste, comme nous l'avons vu, à imposer au juge une attitude de stricte neutralité vis-à-vis des luttes de politique intérieure des Etats étrangers. Il convient de préciser dans tous les cas le motif d'ordre public. On n'aura qu'à s'en tenir à cette proposition pour expliquer la volumineuse jurisprudence, qu'il serait trop fastueux d'énumérer en détail, où l'on recourt volontiers à notre notion pour expliquer les décisions, qui ne semblent ne tenir aucun compte des vieux principes de droit international privé comme celui de la *lex rei sitae*. Ainsi, l'acquisition, par l'Etat soviétique, des biens privés des sujets russes ou autres, repose entièrement sur des considérations politiques et indépendamment de toute reconnaissance, par l'Etat français, des Soviets, le juge français ne doit pas tenir compte de cette expropriation : il doit rester neutre et cette neutralité relève du droit public interne et prime, en conséquence, tous les principes de droit privé, y compris celui de la *lex rei sitae*, de la compétence de la loi personnelle en matière d'état et de capacité. Nous avons souvent constaté le caractère hétérogène des motifs d'ordre public. Dans cette matière des lois politiques au contraire et malgré les apparences, le motif du refus d'appliquer ces lois étrangères, et dans quelque domaine que cette loi puisse se classer (condition de personnes, droits réels, droits successoraux, droit public), se trouve être toujours le même, celui que nous avons énoncé, à savoir le principe du droit des gens qui impose à un Etat l'obligation de rester neutre dans les luttes de politique intérieure d'un autre Etat.

Nous ne pouvons nous empêcher de remarquer combien le postulat de la permanence de l'ordre public se trouve démenti sur ce terrain. Il est évident que le législateur qui édicte ces lois politiques y attache une importance toute particulière au point de vue de leur caractère d'ordre public et pour le législateur étranger c'est là justement une raison de ne point accueillir ces dispositions : un principe

fondamental de droit public leur barre la route. Quoique nous ne nous soyions point proposé d'approfondir, dans cette étude, la notion des règles impératives en droit public, il nous fallait cependant dégager celle-ci pour cette raison, ainsi que nous venons de le voir, qu'en apparence elle joue principalement dans des matières qui se rattachent au droit privé. C'est au juge saisi qu'il appartient de faire ressortir la véritable essence de la loi étrangère qu'on lui demande de consacrer dans son propre for, de remonter au mobile du législateur étranger qui a pu déterminer celui-ci à prendre cette mesure. Dès que ce juge pressent que la disposition en question a pris son inspiration dans la politique (dans le sens strict du terme), sa neutralité l'oblige à répondre par une fin de non-recevoir. C'est là que se trouve le motif de toutes les décisions que nous venons de citer. Au plus haut degré il se place sur le terrain du droit public et touche au côté le plus sensible de l'Etat, à savoir à sa politique extérieure. On s'imagine aisément que contre un principe de cette origine, de cette puissance en conséquence, une règle de droit privé ne pourra se prévaloir, ni en ce qui concerne l'acquisition d'un droit ni en matière de droits acquis.

Bien entendu, cette règle de neutralité du juge saisi ne peut intervenir qu'au cas où la loi étrangère possède un caractère politique. Dès qu'il n'en est plus ainsi, dès qu'il n'y a plus que des principes de droit privé en cause, tout le raisonnement ne doit s'effectuer que dans ce seul domaine. En ce qui concerne les principes de droit international privé il n'y a malheureusement que deux vieilles règles de rattachement qui nous apportent des solutions certaines. C'est la règle *locus regit actum* et la compétence de la *lex rei sitae*.

La *forme extrinsèque d'un acte* est régie par la loi du lieu de sa passation. C'est certainement la règle la plus libérale de tout le droit international privé; nous allons voir que cela s'explique d'ailleurs facilement. Voici deux exemples de cette règle. La jurisprudence française déclare valable un mariage entre Français ou étrangers, conclu à l'étranger dans la seule forme religieuse, à condition que la loi du lieu de la célébration du mariage se contente de la cérémonie

religieuse²¹. De même la jurisprudence allemande admet la vente d'un immeuble situé en Allemagne, conclue à l'étranger dans la forme étrangère. Chose à noter, l'arrêt du Tribunal d'Empire que nous avons en vue, est assez libéral dans ses appréciations en ce sens qu'il qualifie de « forme » ce qu'il serait très possible de qualifier de « fond » et de faire intervenir l'ordre public général pour repousser la loi étrangère. En effet, d'après le droit allemand, pour que la vente d'un immeuble soit parfaite, il faut la rédaction d'un contrat par écrit; il serait compréhensible que le législateur allemand voie dans cette exigence une condition de fond; mais tout au contraire nous relevons dans la décision l'attendu suivant : pour la validité de forme d'un contrat de vente d'un immeuble situé en Allemagne, conclue en Tchécoslovaquie, il suffit d'observer les lois en vigueur dans ce pays. D'après les dispositions de la législation tchécoslovaque, la convention comportant obligation de transférer la propriété d'un immeuble, peut se faire verbalement, ce qui ne saurait empêcher le contrat d'avoir plein effet en Allemagne²². On voit ainsi l'ordre public se désintéresser plus ou moins de la forme des actes.

Il convient cependant de mentionner l'exception que le Code civil français apporte à la règle *locus regit actum* dans son article 2128 qui dit : « Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques (il n'existe pas de ces lois) ou dans les traités ». En fait, d'après les traités en vigueur, il n'y a que les notaires belges, italiens et suisses à qui l'on concède le droit de conclure des hypothèques sur des immeubles français²³. La doctrine, avec raison, critique cette disposition quelque peu surannée qui, cela va sans dire, procède de l'ordre public général.

Dès que l'on quitte maintenant la règle de rattachement

21. Trib. civ. de la Seine, 15 février 1922, *Gaz. des Tribunaux*, 2 avril 1922 et Cour de Rabat, 5 juillet 1932, *Rev. de D. I. P.*, 1933, p. 324.

22. Reichsgericht, déc. du 20 nov. 1930, dans *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts*, 1931, p. 41.

23. Traités : franco-sarde (24 mars 1760), franco-suisse (15 mai 1869), franco-belge (8 juillet 1899).

concernant la loi applicable à la forme des actes²⁴ où l'ordre public en raison de l'autonomie de la volonté, intervient moins fréquemment que dans les autres matières et cela simplement parce que les lois impératives concernant la forme des actes sont assez peu nombreuses²⁵, pour s'enga-

24. La règle *locus regit actum* est une des plus sûres du droit international privé. Il est à noter que sa portée se combine avec le fameux principe de l'autonomie de la volonté. Il serait cependant erroné de croire que la volonté individuelle soit entièrement libre de choisir la forme d'un acte. Souvent cette forme se confond avec le fond du droit. Ainsi, si le juge français refuse de valider le mariage entre Grecs, célébré en France par un prêtre grec (Req., 27 nov. 1922, Clunet, 1923, p. 85), il considère, dans ce cas, la règle *locus regit actum* comme d'ordre public général, parce que, d'après sa conception, elle touche ici au fond du droit. La célébration, en France, d'un mariage purement religieux heurte un principe d'ordre public général. Chez nous, un mariage entre étrangers ne peut être célébré que dans la forme consulaire ou dans la forme civile, devant l'officier de l'état civil il n'existe d'autres choix.

25. En matière de droit patrimonial, le droit français par exemple ne connaît que cinq contrats solennels; cela veut dire que certains droits déterminés, limitativement énumérés par le Code, ne peuvent naître par accord de volonté que si le contrat est passé devant notaire. Ce sont certainement des règles d'ordre public général en ce sens que si ces conventions sont passées en France, elles doivent nécessairement revêtir la forme solennelle. Mais comment cet ordre public général se révélera-t-il exactement en droit international privé? La réponse à cette question concerne d'ailleurs davantage le chapitre des droits acquis. Voilà ces contrats solennels :

1^o *Contrat de donation entre vifs* (article 931) : sur le terrain du droit international privé la jurisprudence décide avec raison que la forme de ce contrat n'échappe pas à la proposition *locus regit actum*. Cela veut dire qu'elle reconnaît la validité d'une donation entre vifs (même intervenue entre Français sans intention de frauder la loi) faite à l'étranger sous seing privé selon la loi en vigueur dans le pays du contrat (Cass. civ., 29 juin 1922, Clunet, 1922, p. 990; *Revue de D. I. P.*, 1922, p. 330). Cette décision, très judicieuse, prouve bien que l'exigence de l'article 931 est bien une condition de forme et non de fond; en droit interne pur, cela ne ressort pas très nettement ni des textes ni de la jurisprudence; on indique simplement le motif de l'intervention nécessaire du notaire, à savoir le souci du législateur de protéger le donateur contre ses actes irréfléchis. M. Nihoyet reprend cet argument pour soutenir que les Français ne devraient pouvoir faire des donations à l'étranger sans recourir à la forme authentique parce que cette question toucherait au fond du droit. Cela reviendrait à dire que l'article 931 serait d'ordre public spécial aux nationaux et nous savons que celui-ci ne peut se concevoir que dans le domaine de la condition des personnes. En plus, le motif indiqué ne milite nullement en faveur de la thèse qui consiste à rattacher l'authenticité de l'acte de donation au fond du droit et non pas à la forme : l'individu qui va à l'étranger pour faire une donation, s'entoure vraiment de précautions suffisantes, pour qu'il ne soit pas nécessaire d'ajouter encore celle de l'authenticité. Nous ne pouvons donc qu'approuver l'arrêt précité.

2^o *Le contrat de mariage* (article 1394 alinéa 1^{er}). Il faut encore suivre avec la très grande partie de la jurisprudence la loi du lieu de célébration du mariage, sous réserve de l'intention des époux concernant leur régime matrimonial. Si, en conséquence, les Français se marient à l'étranger sans contrat de mariage, ils tombent automatiquement sous le régime légal de ce pays. Nous ne sommes effectivement plus en présence de l'ordre public, mais simplement d'une condition d'application d'une loi, que la volonté individuelle

ger dans les autres domaines du droit, l'ordre public général, comme un puissant aimant, attire la majeure partie de la vie juridique qui a quelque attache avec le territoire du for, pour la soumettre aux règles impératives et prohibitives de la législation du juge. L'exemple le plus significatif est celui de la *lex rei silae*.

peut écarter (loi supplétive) voir nos développements, *supra*, p. 9 et suiv.) en choisissant tel régime ou tel autre. En cette matière, l'individu peut manifester sa volonté ou en rédigeant un contrat de mariage ou en se mariant à l'étranger, selon la règle *locus regit actum*. Dans ce cas, les époux auraient effectivement fait un contrat de mariage et ils tomberaient, s'ils voulaient tromper les tiers à ce sujet, sous le coup de la loi du 10 juillet 1850 (article 1391 dernier alinéa), qui dispose que « la femme sera réputée, à l'égard des tiers capable de contracter dans les termes du droit commun », c'est-à-dire qu'on la considérerait mariée sous la communauté légale française. Si le juge constate l'intention des époux d'avoir voulu adopter le régime légal étranger en se mariant à l'étranger, il leur appliquera effectivement ce régime; inutile d'ajouter que cette recherche de l'intention présumée des époux donne lieu à bien des difficultés (Paris, 7 déc. 1887, D. 1888.2.265, Paris, 11 nov. 1909, *Revue de D. I. P.*, 1910, p. 855, etc.). Malgré les nombreuses critiques de cette jurisprudence (Voir notamment celle de M. Louis-Lucas, *Remarques, op. cit.*, p. 424), elle nous semble très conforme à la vérité des textes. En effet, la volonté individuelle est libre de choisir le régime matrimonial; l'ordre public n'y est donc pour rien, ni en droit international ni en droit interne. A l'argument, qu'en droit interne, à défaut d'un contrat de mariage, c'est la communauté légale qui doit s'appliquer, on peut répondre que n'importe quelle loi supplétive revêt un caractère impératif dès l'instant que la volonté individuelle n'a pas écarté les conditions d'application de cette loi. Or, le législateur moderne n'est pas formaliste au point de ne laisser à la volonté individuelle qu'un seul moyen de se manifester : l'acte authentique. Cela n'est vrai qu'en droit interne; sur le terrain du droit international, il existe la règle *locus regit actum*, qu'il n'est nullement besoin d'écarter en l'occurrence, puisqu'on suppose se trouver dans une hypothèse où il est prouvé que la volonté individuelle a voulu écarter une disposition qui n'est que supplétive.

3° *Le contrat d'hypothèque* et 4° *la subrogation dans le bénéfice de l'hypothèque légale de la femme mariée* (Article 2127 et art. 9 de la loi du 23 mars 1855). En raison de la disposition de l'article 2128 du Code civil que nous avons commenté, ces deux principes échappent entièrement au droit international privé, c'est-à-dire à la règle *locus...* sous réserve des traités diplomatiques.

5° *Le paiement avec subrogation conventionnelle consentie par le débiteur* (art. 1250 alinéa 2). Comment se comporte cette disposition en droit international privé ? Il faut entendre par là l'hypothèse où le débiteur et le créancier n'habitent pas le même pays. En général, pour la cession de créance aussi bien que pour la prescription libératoire, la jurisprudence française applique la loi du domicile du débiteur. Quant à notre hypothèse, à savoir le paiement avec subrogation consentie par le débiteur, nous ne relevons aucune décision sur le terrain du droit international privé. Il est à supposer, que la jurisprudence appliquerait également la loi du domicile du débiteur. En conséquence, ce paiement ne devrait revêtir la forme authentique qu'au cas où le débiteur serait domicilié en France; dans ce cas seulement, notre règle d'ordre public interviendrait, sinon le principe *locus regit actum* jouerait sans réserve aucune, particulièrement dans l'hypothèse, où le créancier étant domicilié en France et le débiteur à l'étranger, ce dernier effectue le paiement en ubrogeant un nouveau créancier dans les droits de l'ancien.

En effet, le partage des lois applicables aux choses corporelles s'effectue avec une simplicité qui, de tout temps, a forcé le respect de la doctrine, puisque les représentants les plus extrêmes de la théorie de la personnalité du droit — l'Ecole franco-italienne — ont taillé une exception dans leur système en faveur de la *lex rei sitae*. Cette règle inimmémoriale veut dire que lorsqu'une chose corporelle se trouve dans le territoire d'un Etat, par ce seul fait elle est soumise, quant aux droits réels qui peuvent l'affecter, aux règles impératives, et à ces règles seulement, de la législation de cet Etat. Lorsque le juge a constaté qu'une chose corporelle se trouve sur le territoire politique de son souverain, il n'y a qu'une seule législation qui peut créer des droits réels : c'est la sienne propre. Supposons qu'une législation étrangère connaisse l'hypothèque sur meubles : au moment où un meuble, grevé d'une pareille hypothèque mobilière, arrive en France, ce droit réel se heurterait à notre adage : meubles n'ont pas de suite par hypothèque. Les tribunaux français ont particulièrement eu à se prononcer sur l'hypothèque sur navires avant que notre législation ne connaisse cette institution : une hypothèque est constituée sur un bateau à l'étranger ; à l'arrivée du bateau en France, elle perdait tout effet²⁶. Depuis les lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885, qui ont organisé l'hypothèque sur bateaux en France, notre jurisprudence reconnaît également celle prise à l'étranger sur un bateau étranger. En ce qui concerne en général les droits réels, il faut simplement qu'un droit réel, constitué à l'étranger, soit aussi connu de la législation française lors du transport de la chose en France, peu importe les différences en quelque sorte techniques, qui peuvent exister entre les législations quant à la création du droit. Mais ce sera toujours le droit tel que le connaît notre législation qui sera pris en considération par notre juge et non pas le droit étranger. Ainsi, ce sera dans tous les cas l'hypothèque française qu'on appliquera au bateau étranger, si ce dernier se trouve dans nos eaux territoriales, peu importe si cette hypothèque a été constituée à l'étranger sous un régime différent. Un autre exemple

26. Cass. req., 19 mars 1872, S. 72.1.238.

nous est fourni par le gage. Le gage mobilier, consenti à l'étranger, ne sera valable chez nous — si le meuble se trouve en territoire français — que s'il y a eu dépossession du débiteur gagiste, soit que le meuble n'ait été transporté en France qu'après la constitution du gage²⁷ ou qu'il s'y soit déjà trouvé au moment de la conclusion du contrat²⁸.

La jurisprudence des *titres volés ou perdus* se rattache aussi à la règle de la *lex rei sitae*. On sait que les lois du 15 juin 1872 et du 8 février 1902, ont organisé la protection des propriétaires de titres volés ou perdus. Moyennant une opposition faite entre les mains de la Chambre syndicale des agents de change de Paris, un titre ne peut plus être négocié en France, il est frappé d'inaliénabilité. Il va sans dire que cette inaliénabilité est d'ordre public général, c'est-à-dire qu'elle s'applique à tout le monde en France. Tout est de savoir dans quelle mesure. Cela est assez facile à dégager. On dit généralement qu'un titre est un meuble. Cela est d'abord certainement vrai pour la forme matérielle du titre, c'est-à-dire la feuille de papier imprimé : c'est un meuble par nature dans le sens le plus vulgaire du terme. Mais dès qu'on cherche à saisir la nature des droits (créance, action industrielle, etc.) que cette feuille de papier constate, on tombe immédiatement dans l'abstrait. Il est évident qu'une action ou une obligation est un meuble, mais c'est un meuble par fiction du législateur. La meilleure preuve, c'est qu'une action de la Banque de France peut être meuble aussi bien qu'immeuble.

En principe, et toujours par la volonté du législateur, le siège de ce meuble fictif, de ce droit, se trouve dans l'enveloppe matérielle qui le constate ; il se déplace ou change de propriétaire avec lui, mais n'empêche qu'il y ait deux choses distinctes : le meuble par nature et le meuble fictif. Or, ce dernier ayant son siège à l'endroit matériel du premier et cela par la volonté du législateur, ce législateur peut également exprimer une volonté contraire. Il l'a fait par la loi de 1872. Par la procédure de l'opposition, la victime du vol ou de la perte d'un titre détache le siège du meuble

27. Paris, 1^{er} juin 1906, *Revue de D. d. P.*, p. 221.

28. Voir arrêt précité *supra*, p. 114.

fictif du meuble par nature; en même temps ce siège se dédoublera : l'élément passif du meuble, sa négociabilité ira se fixer à la Chambre syndicale des agents de change, tandis que l'élément actif, le droit de créance, le droit de sociétaire, s'individualisera nominativement dans la comptabilité de l'établissement qui a émis le titre au crédit du propriétaire victime de la perte ou du vol, à condition d'avoir fait aussi la signification à l'établissement.

Il devient facile, dès lors, de déduire toutes les conséquences de ces oppositions. Le nouveau siège du titre étant un principe d'ordre public général, il sera opposable à tout le monde. Dès que l'opposition est parfaite, le titre volé ou perdu ne représente plus que sa valeur matérielle de papier, c'est-à-dire aucune. Il aura beau avoir été volé à l'étranger, y avoir été négocié, avoir été acquis par un acheteur de bonne foi, toutes ces opérations seront inopposables au propriétaire primitif, au moins en France, en vertu du principe d'ordre public général de la loi de 1872. Cette inopposabilité est bel et bien une application de la règle *lex rei sitae* et non pas une exception à cette règle comme le croit M. Bartin²⁹ : le siège du meuble fictif étant en France, c'est la loi impérative française qui doit s'appliquer; ce qui a été négocié à l'étranger c'est une simple feuille de papier sans aucune valeur. Notre jurisprudence est très ferme en ce sens³⁰. Il en est d'ailleurs de même pour les titres étrangers négociables en France; mais alors l'action de l'ordre public de la loi de 1872 ne sera que partielle et ne concernera que la négociabilité du titre; le siège de l'établissement qui l'a émis étant par hypothèse à l'étranger, notre ordre public ne pourra donner effet à la deuxième opposition, prévue par ladite loi.

Cette même jurisprudence s'applique d'ailleurs aux pièces des musées nationaux qui sont inaliénables : aucun individu ne peut acquérir, eu égard à la législation française, un droit réel sur ces pièces.

On constate ainsi qu'en ce qui concerne les droits réels,

29. Bartin, *Principes*, t. I, p. 250.

30. Seine, 2 juillet 1879, *Clunet*, 1880, p. 196; Seine, 8 août et 23 décembre 1885, *Clunet*, 1885, p. 681. Voir aussi *Annuaire de Droit international*, 1906, pp. 509-542.

la *lex rei sitae* — en dehors des lois politiques précédemment analysées — désigne l'ordre public de la situation comme exclusivement et normalement compétent et comme toujours, par règle d'ordre public il faut simplement entendre les lois impératives de la législation de la situation de la chose. La règle *lex rei sitae* et l'ordre public n'expriment en conséquence qu'un seul principe : celui de la compétence normale de la loi de la situation ; jamais ils ne se trouvent en contradiction, jamais l'ordre public ne vient opposer une exception à cette règle la plus sûre du droit international privé³¹. Le principe de la *lex rei sitae* ne fait qu'indiquer la mesure de l'action de l'ordre public : celui-ci ne peut jouer qu'en raison de la situation de la chose sur le territoire du for ; mais cette condition remplit, toutes les règles de la législation interne concernant le régime des biens s'appliquent.

Ce n'est pas seulement en matière de droits réels que l'ordre public général réserve ainsi et dans la mesure que nous avons indiquée, la compétence exclusive à la règle impérative de la législation saisie, mais encore dans le domaine de la *condition des personnes*. Sur ce dernier terrain cependant, nous n'avons malheureusement plus à notre disposition de règle de rattachement aussi certaine que celle de la *lex rei sitae* en matière de droits réels. Nous savons que la doctrine a bien essayé d'en formuler une en affirmant la compétence de la loi nationale de l'individu. A maintes reprises nous nous sommes élevés contre l'introduction de cette notion du droit public qu'est la nationalité, dans les conceptions du droit privé et l'incertitude qui en résulte dans les solutions de droit. On peut dire que les règles impératives dans le domaine de la condition des personnes qui sont d'ordre public général, sont aussi nombreuses que celles qui sont d'ordre public spécial aux nationaux, seules ces dernières laissant le champ libre à l'application de la loi étrangère.

En matière de mariage, nous savons déjà que les étrangers ne peuvent se marier, en France, dans la seule forme reli-

31. A cette occasion nous nous devons d'avouer ne pas très bien comprendre le sens exact de cette phrase de M. Bartin (*Principes*, t. I, p. 250) : « Les dispositions d'ordre public international se confondent si peu avec les dispositions relatives au régime des biens que celles-ci s'effacent devant celles-là. »

gieuse; ils n'y peuvent non plus contracter un mariage bigamique, même si leur loi nationale le leur accorde. Notre officier de l'état civil ne peut tenir compte d'un empêchement de mariage fondé sur des différences de race ou de religion des époux³². La puissance maritale est une règle d'ordre public général; une récente décision en donne ce motif significatif : « Il serait intolérable qu'une femme mariée pût braver publiquement en France, l'autorité de son mari, même sujet étranger; qu'une telle attitude, si elle était sanctionnée par l'impunité serait de nature à porter une grave atteinte non seulement à l'autorité personnelle de M. Morris sur Mme Jane Aubert, mais encore à celle de tous les maris français³³ ».

L'obligation alimentaire est également d'ordre public général. Dès que l'on demande au juge français d'appliquer une loi étrangère qui n'assure cette obligation entre proches parents que d'une façon insuffisante, c'est simplement la loi française qui est appliquée et, dans le cas contraire, on peut dire que c'est encore la loi française qui sera appliquée, puisque la loi étrangère satisfait à notre exigence d'ordre public général³⁴. Nous savons pour en avoir parlé d'une façon plus détaillée plus haut, ce qu'il en est en matière de divorce et en matière de recherche de filiation naturelle. Même pour la tutelle des étrangers en France on voit parfois la loi impérative française se substituer à la loi étrangère³⁵. Il serait possible d'augmenter considérablement ces citations de jurisprudence. Ce n'est pas l'intervention de l'ordre public qu'il convient de critiquer, mais le postulat de la compétence de la loi nationale des individus qui, en général, n'est effectivement compétente que si elle s'approche sensiblement du contenu de la *lex fori* (impérative). Nous ne reviendrons plus sur les raisons, longuement exposées au cours de cette étude, qui rendent si fragile la compétence de la loi personnelle des individus, si cette personnalité part de la loi nationale. Si, au lieu de

32. Seine, 7 janvier 1922, *Clunet*, 1923, p. 85.

33. Seine, 3^e Ch., 8 avril 1930, *Revue de D. I. P.*, 1930, p. 462.

34. Cass. Req., 22 juillet 1903, *Clunet*, 1904, p. 355. Cass. req., 27 mars 1922, *Revue de D. d. P.*, 1924, p. 401, etc. La jurisprudence est très ferme

35. Cass., 19 nov. 1923, *Revue de D. I. P.*, 1924, p. 409.

la loi nationale, on affirmait le rattachement à la loi du domicile, on aurait construit, dans cette incertaine matière de la condition des personnes, une règle de droit international privé dans le genre de celle de la *lex rei sitae* en matière de droits réels. L'homme, évidemment, n'est pas un objet inerte comme une chose corporelle, mais à l'instar de la situation d'un meuble ou d'un immeuble, il a un siège naturel, un centre, autour duquel il déploie son activité juridique : c'est son domicile. Cela nous ramène vers cette sage territorialité du droit, qui, sans être ni absolue ni sectaire, est bien dans la tradition de notre jurisprudence. Nous sommes convaincus que ce que nous avons appelé, à l'occasion de la règle *lex rei sitae*, le partage des lois applicables, pourrait se faire alors avec infiniment plus de simplicité, plus de logique et plus de libéralité même. Si le législateur dit à son juge d'appliquer automatiquement aux individus domiciliés sur le territoire de l'Etat, toutes les lois impératives concernant l'état et la capacité, ce juge se montrera plus large quant à ceux qui n'y sont pas domiciliés. « La territorialité a rendu de grands services dans le passé. Adaptée à l'époque contemporaine, elle serait sans doute appelée à en rendre avec franchise d'aussi grands dans le présent et dans l'avenir³⁶. » C'est d'ailleurs dans cette direction qu'évolue la doctrine la plus récente et il ne fait aucun doute qu'elle sera favorablement accueillie par la jurisprudence³⁷. Nous avons vu que la souveraineté territoriale, dont l'ordre public n'est qu'une expression, était la seule souveraineté qui pût rationnellement se concevoir en droit privé et il est indéniable que le domicile crée, en fait, justement ce lien de territorialité qui doit rattacher un individu, quant à sa condition, à une législation. En même temps se dégage cette analogie de bon sens entre la *lex rei sitae* et la loi applicable à l'état et la capacité : une chose corporelle est soumise aux règles impératives de sa situation, sous les restrictions que nous avons signalées (dispositions politiques du souverain étranger, etc.,

36. Louis-Lucas, Remarques, *op. cit.*, p. 442.

37. Voir aussi : « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », Cassin, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1951.

qui ne peuvent être acceptées par un juge étranger); la condition d'une personne sera également soumise aux règles impératives de sa situation qui ne peut être autre chose que son domicile avec les mêmes réserves qu'en matière de la *lex rei sitae* (dispositions politiques d'un souverain étranger comme les incapacités pour raison politiques; ou encore en raison des dispositions politiques ou religieuses du souverain du for qui exigent une application exclusive comme l'indissolubilité du mariage, la puissance maritale, principes contre lesquels aucune disposition étrangère différente ne pourra prévaloir). Avec l'adoption du domicile comme règle de rattachement en matière d'état et de capacité l'ordre public n'aurait presque jamais à être invoqué en droit international privé. D'une part, en effet, le domicile déterminerait dans la grande majorité des cas la compétence du tribunal, chose qui n'est pas réalisée avec le rattachement à la loi nationale et d'autre part — nous l'avons déjà signalé — le juge se montrerait certainement plus libéral en ce qui concerne l'application de la loi étrangère aux personnes qui ne sont pas domiciliées dans son ressort, c'est-à-dire celles qui ne sont pas soumises à ce lien de territorialité qui confère à un Etat le droit de les assujettir à sa souveraineté.

Si, en matière d'état et de capacité, il est encore possible d'affiner une règle de rattachement plus ou moins simple, à la loi nationale ou de préférence à la loi du domicile, parce qu'on peut constater comme pour la situation des choses corporelles, que les individus ont une nationalité ou un domicile, pour les soumettre à la législation que l'on aura ainsi choisie, des difficultés considérables surgissent lorsqu'il faut procéder à cette discrimination pour les *obligations contractuelles*. Nous croyons que ces difficultés proviennent justement de ce fait, qu'il devient malaisé de découvrir à l'obligation, conception purement abstraite, ce lien matériel de territorialité, qui permet pour ainsi dire sans hésitation d'appliquer la règle impérative de la *lex rei sitae* quant aux choses corporelles ou la loi nationale ou la loi domicile quant à la condition des personnes. Les règles impératives de quelle législation faut-il

choisir pour régir une obligation? On ne peut se cacher la complexité du problème.

Il y a d'abord le *principe de l'autonomie de la volonté* en vertu duquel les particuliers ont le libre choix de la législation à laquelle ils entendent soumettre telle obligation déterminée. Ce principe est profondément ancré dans la jurisprudence, non seulement de celle de nos tribunaux mais encore à l'étranger. L'exemple du contrat de mariage que nous avons cité est significatif : deux Français vont à l'étranger pour se marier et il est établi qu'ils ont voulu tacitement, c'est-à-dire en ne rédigeant point de contrat de mariage, écarter la communauté légale. Le juge français admet entièrement cette façon de procéder. Dans tous les domaines, les décisions de nos tribunaux, qui font une large place à cette autonomie de la volonté, sont remarquablement claires. Voilà un autre exemple, emprunté à un jugement du tribunal de commerce de Marseille de 1922, c'est-à-dire avant la loi du 31 décembre 1925 qui a déclaré licite, en matière commerciale, l'insertion de la clause compromissoire dans un contrat : lorsque deux sociétés françaises, traitant à Paris, mais que le contrat, rédigé en anglais, prévoit que le paiement et la livraison se feront en Angleterre en livres sterling, conformément aux conditions ordinaires d'une société anglaise, il résulte des circonstances que les parties ont voulu faire un contrat qui serait réputé passé en Angleterre. Elles peuvent donc valablement se soumettre à la loi anglaise, ce qui a pour effet de valider la clause compromissoire insérée au contrat et d'échapper ainsi à la prohibition de l'article 1006 du Code de procédure civile qui la défend³⁸.

La monnaie de paiement constitue un autre exemple de cette autonomie de la volonté qui permet aux particuliers d'échapper à des règles impératives d'une législation interne. Dans un chapitre précédent nous avons réfuté

38. Tribunal de Commerce de Marseille du 20 décembre 1922, *Clunet*, 1923, p. 281. Dans le même sens : Cass. Req., 8 janvier 1922, *Clunet*, 1922, p. 974; Douai, 23 octobre 1923, *Clunet*, 1924, p. 389. Mais une décision en sens contraire, isolée d'ailleurs : Trib. com. Le Havre, 10 juin 1925, *Clunet*, 1926, p. 348.

la thèse de M. Louis-Lucas qui consisterait à rattacher l'obligation du paiement à la loi nationale des individus (ordre public spécial aux nationaux). La jurisprudence n'a jamais admis cette façon de voir. « Il importe peu que le prêteur étranger soit domicilié à l'étranger : c'est en effet la nature de la convention qu'il convient d'envisager avant la personnalité des contractants³⁹ ». Les tribunaux ne tiennent compte que de l'intention des parties d'une part et de l'élément international de l'autre, que l'obligation doit nécessairement posséder pour que les contractants puissent valablement convenir vouloir échapper aux dispositions impératives de la législation française. A ce sujet, on rencontre l'emploi de termes identiques dans deux arrêts récents de la Cour de Cassation : une clause contenue dans un contrat et qui est prohibée par la législation française, échappe à cette prohibition si « le marché met en jeu des intérêts du commerce international, même si ce contrat a été conclu en France et entre Français⁴⁰. Cette autonomie de la volonté en droit international privé semble d'ailleurs être beaucoup plus large et plus libéralement admise par les juges qu'en droit interne pur et même que la simple logique ne voudrait faire croire. En effet, d'après une nouvelle théorie qui s'est fait jour et, chose curieuse, dont les tribunaux eux-mêmes paraissent avoir été les précurseurs, « on pourra échapper aux règles impératives même de la législation choisie par les parties pour régir le contrat, lorsque les exigences du commerce international paraîtront aux tribunaux justifier cette dérogation⁴¹ ».

Si la jurisprudence se montre ainsi d'un libéralisme louable sur le terrain de l'autonomie de la volonté, elle exige pourtant cet élément international de l'obligation, sinon elle rattache purement et simplement cette obligation aux règles impératives de telle législation interne qui semble être naturellement compétente pour s'appliquer : deux contractants français passant une convention en France qui se déroule entièrement sur le territoire français, ne peuvent stipuler, pour échapper aux règles impératives

39. Cour de Paris, 16 avril 1926, *Clunet*, 1925, p. 972.

40. Cass. civ., 27 janv. 1931, *Cl.* 32.93. Cass. civ., 19 fév. 1930; *Cl.* 31.90.

41. Perroud, article dans *Clunet*, 1933, pp. 290 et suiv.

françaises, qu'ils entendent se soumettre par exemple à la législation anglaise et cela seulement pour échapper à la prohibition de la clause d'exonération complète en cas d'inexécution de l'obligation par la faute du débiteur, ce que la législation anglaise admet contrairement à la nôtre. Ce contrat est bel et bien soumis à la législation française; il présente bien ce lien de territorialité nécessaire à la mobilisation de l'ordre public. « L'obligation contractées en Suisse entre parties qui y sont domiciliées, est soumise au droit suisse, puisque les faits qui sont à la base du litige, se sont passés en Suisse⁴² ». Une dette déterminée est imprescriptible en Suisse, ce qui est contraire à nos règles impératives. Le débiteur actionné devant le tribunal de Colmar, invoquait le principe français d'ordre public de la prescriptibilité nécessaire de toutes les obligations. Il a été débouté pour deux raisons : d'abord parce que l'obligation devait se rattacher à la législation suisse, seule compétente et ensuite parce que le délai de trente ans, délai le plus long pour accomplir la prescription que connaisse la législation française, n'était pas encore atteint et qu'en conséquence il n'y avait nullement lieu de faire jouer l'ordre public français.

Cependant, à supposer que toutes les conditions soient réunies pour que le principe de l'autonomie joue, ce principe n'empêche point la législation interne de contenir des dispositions impératives et prohibitives qui exigent une application exclusive et malgré la volonté individuelle. Un contrat de gage concernant une chose corporelle aura beau avoir un caractère international, si l'objet se trouve en France, ce contrat ne pourra se former sans dépossession du débiteur gagiste ni contenir un pacte comissoire, peu importe le pays où la convention a pris naissance ou la législation, à laquelle les parties ont voulu se référer : l'autonomie de la volonté cède le pas à la *lex rei sitae*⁴³.

Il est évident également qu'une obligation, malgré son caractère international, ne peut avoir aucun effet, si elle est réputée, par la législation du for, « contraire aux bonnes

42. Colmar, 1^{re} Ch., 31 décembre 1933, *Revue critique de Droit international*, 1934, p. 468.

43. Paris, 1^{er} juin 1907, *Clunet*, 1907, p. 135.

mœurs » (article 1133). « Est illicite, parce que contraire à l'ordre public, le contrat d'une maison de jeu. En conséquence, ne saurait être rendu exécutoire, dans le royaume, le jugement étranger, portant condamnation du locataire au prix du loyer⁴⁴ ». Ou encore cet autre exemple d'une société qui a pour objet la contrebande à l'étranger; « une pareille société, violant les principes du droit des gens, est frappée d'une nullité radicale et absolue, non seulement quant à sa constitution, mais encore quant à ses actes qui sont tous contraires à la loi⁴⁵ ». Citons encore cet arrêt de la Cour d'Appel de Venise qui est très significatif : doivent être rangées parmi les lois d'ordre public celles que l'Etat considère comme indispensables à sa propre existence juridique (c'est du pur Mancini !) et à la protection de la moralité ? » Cela étant, il faut reconnaître que les règles de compétence en matière de *louage de service* présentent un caractère d'ordre public. Par suite, quand il s'agit d'un contrat de louage de services, intervenu à l'étranger mais devant s'exécuter en Italie, c'est la juridiction italienne qui est compétente en même temps que le juge italien ne doit se référer qu'aux dispositions de la loi italienne⁴⁶.

En matière d'arbitrage nous voyons l'ordre public général intervenir de la façon suivante : malgré la clause compromissoire, inscrite dans un marché de blés exotiques (clause permise dans les contrats internationaux même avant la loi du 31 décembre 1925) donnant compétence à une juridiction arbitrale à Londres et excluant tout recours devant les tribunaux ordinaires, une procédure de saisie-arrêt qui, à ses débuts, présente le caractère d'une mesure conservatoire, peut être engagée au nom du bénéficiaire du marché contre celui qui ne l'a pas exécuté⁴⁷. Cette décision procède certainement d'un principe d'ordre public général : celui de *l'action oblique* de l'article 1166 du Code civil, auquel les particuliers ne peuvent déroger.

Le caractère d'ordre public de cet article qui dit que les

44. Cass. Rome, 26 mars 1926, Clunet, 1926, p. 1092.

45. Cour d'Alger, 20 février 1925, Clunet, 1926, p. 701. La jurisprudence très ferme en ce sens, voir aussi : Douai, 11 nov. 1907, Clunet, 1908, p. 138, Trib. civ. Seine, 2 juillet 1932, Clunet, 1933, p. 73.

46. Cour d'appel de Venise, 8 août 1931, Clunet, 1933, p. 234.

47. *Gaz. Pal.*, 1932.1.533; Trib. com. Nantes, 10 fév. 1932.

créanciers peuvent exercer certains droits et certaines actions à la place de leur débiteur, se fonde lui-même en dernière analyse — et ce détour est curieux à observer — sur la nature impérative de l'article 1382 qui ne permet pas aux particuliers, indirectement tout au moins, d'insérer des clauses d'exonération, comprenant même les fautes du débiteur, dans leurs conventions. Or, la conséquence de l'action oblique consiste justement dans la conservation de l'intégrité du patrimoine du débiteur défaillant et une saisie-arrière n'est autre chose, avant que le jugement de validité ne soit intervenu, qu'une mesure conservatoire. Bien entendu ce jugement de validité ne pourra intervenir, dans notre cas, avant la décision de l'arbitre de Londres. Si cette décision est défavorable pour le saisissant, celui-ci devra même payer des dommages-intérêts au débiteur saisi.

Nous voyons une autre décision rattacher la validité du consentement pour un contrat à une législation présumée choisie par les parties (autonomie de la volonté) et soumettre la lésion dans la vente d'un immeuble, objet du contrat, à la *lex rei sitae*⁴⁸.

On peut multiplier les exemples de l'intervention de l'ordre public qui a pour effet l'application d'une loi impérative de la législation interne de préférence à la loi d'autonomie de la volonté individuelle. C'est intentionnellement que nous avons choisi des exemples se rapportant pêle-mêle à des domaines juridiques bien éloignés les uns des autres. Est-il possible de mettre un peu d'ordre dans cette apparente anarchie? Nous tâcherons succinctement de dégager quelques propositions qui donneront un sens plus précis et à l'ordre public en droit international privé en matière contractuelle et au principe de l'autonomie de la volonté.

D'une part on voit d'abord s'affirmer le principe de l'autonomie de la volonté et le contrat échapper aux dispositions d'une législation interne et d'autre part, selon l'objet de l'obligation, on observe que celle-ci doit se soumettre aux seules règles impératives de la *lex fori*, peu importe ce que la volonté individuelle peut décider, ou la loi étrangère à laquelle cette volonté a voulu se référer.

48. Paris, 9 février 1931, Clunet, 1932, p. 109.

Comment concilier ces deux principes antagonistes? il faut certainement recourir à la méthode anaytique, c'est-à-dire procéder par cas d'espèce. Ces raisonnements particuliers peuvent cependant se tenir à quelques grandes lignes.

Il y a d'abord l'obligation en elle-même, le lien abstrait qui existe entre le débiteur et le créancier. Comment peut naître ce rapport irréal, imaginé de toutes pièces par l'homme? C'est la volonté individuelle qui le crée et, si elle contient cet élément international, l'obligation, en droit international privé, est régie par le principe de l'autonomie de la volonté. Cette volonté pourra, en conséquence, choisir la législation qui indiquera les conditions de formation, de validité, de l'existence de l'obligation; rentrent dans cette catégorie de questions les vices du consentement, la forme du consentement, l'effet de la pollicitation, la conséquence de l'acceptation de cette pollicitation, les modes d'extinction de l'obligation, paiement, compensation, novation, cession, etc. Tous ces problèmes se rapportent au lien fictif qu'est l'obligation.

Nous savons que l'ordre public ne peut jouer qu'en raison d'une attache territoriale d'une situation juridique à une législation. Or, il est impossible de prétendre qu'une obligation en elle-même puisse posséder cette attache territoriale : étant une fiction, on peut l'imaginer dans tous les pays où elle provoque des répercussions. Un Français domicilié à Paris conclut un marché avec un Hollandais qui doit s'exécuter en Suisse. Où se trouve cette obligation? On ne peut le dire justement parce qu'elle n'a aucune existence propre : la volonté des individus l'ayant créée, c'est encore cette volonté qu'il faut aller consulter pour savoir où les contractants ont entendu placer cette obligation; car par nécessité, aux fins de connaître ses conditions de formation, d'existence, d'extinction, il faut pousser la fiction jusqu'au bout en situant cette obligation à un endroit déterminé, en lui donnant, par rapport à une législation également déterminée, cette sorte imaginaire de territorialité dont elle a besoin. Et c'est encore la volonté individuelle qui crée d'un bout à l'autre ce lien territorial; c'est la fameuse « commune intention des parties » de l'article 1156 du Code civil que la jurisprudence invoque en cette matière et elle

le fait si libéralement, justement parce qu'une obligation si elle est contractuelle, ne peut vivre qu'en raison de la volonté individuelle et que cette volonté peut la placer sous l'empire de la législation qui bon lui semble, dans les limites au moins de son étendue internationale (les particuliers qui concluent un marché entre la France et la Suisse ne pourront placer l'obligation sous l'empire de la législation anglaise) Le juge, en effet, montre un autre souci, très justifié. c'est de n'appliquer à une obligation qu'une seule loi, la loi française par exemple ou la loi suisse, mais non les deux à la fois, sinon on risquerait de tomber dans des situations juridiques inextricables.

Ce lien fictif qu'est l'obligation ne possède cependant ce caractère irréel qu'en tant qu'obligation, considérée en elle-même. Il a deux aboutissants : la volonté de l'individu d'une part et l'objet de l'obligation d'autre part. On présente que la législation applicable à ces deux facteurs se précise davantage en même temps qu'on prévoit la volonté individuelle évoluer moins librement. Quant au facteur « personne », l'obligation doit naître d'une volonté capable. On aboutit directement au domaine de l'état et de la capacité et la loi impérative applicable est celle que le système de droit international du juge saisi indique comme compétente en la matière : ou la loi nationale de l'individu (article 3 alinéa 3 du Code civil français) ou la loi domicile (système anglo-saxon). Ce premier support d'une obligation contractuelle est donc assez simple à analyser. Le lien qui attache l'individu à une législation au point de vue de sa condition est assez clair et les règles impératives dans ce domaine échappent entièrement à la volonté du particulier.

Mais les difficultés augmentent considérablement lorsqu'on essaie de procéder à l'analyse de l'autre aboutissant de l'obligation, de son objet. La question qui se pose ici est la suivante : dans quelle mesure, sur le terrain international, la volonté individuelle peut-elle écarter les dispositions impératives d'une législation déterminée, en dehors de l'état et de la capacité des personnes, obéissant à des règles de rattachement propres et en dehors de l'obligation en elle-même, soumise à la loi d'autonomie des parties ?

Or, ce double retranchement ne laisse plus guère à résoudre que la question de l'objet de l'obligation et, dans une certaine mesure, celle de sa cause.

Nous avons vu que cette obligation, lien abstrait, peut se situer à l'endroit choisi par les parties; là elle reste dans une sorte d'état d'indifférence; mais en la suivant, on la voit bifurquer vers l'objet : ce sont les règles législatives qui peuvent régir cet objet indépendamment de toute volonté individuelle qu'il faut mettre en regard avec la loi d'autonomie. De ces règles législatives les seules qui nous intéressent ici, ce sont celles qui ont un caractère impératif, d'ordre public. Notons encore une fois que l'ordre public ne peut intervenir qu'en raison du territoire du souverain; en conséquence, pour qu'un principe d'ordre public d'une législation déterminée, puisse prétendre s'appliquer valablement à une situation, il faut que cette situation ait une attache territoriale avec la législation qui entend imposer ses règles impératives à ce rapport de droit. Il convient donc d'établir le lien de territorialité de l'objet de l'obligation avec une législation, pour savoir jusqu'à quel point cette législation peut juridiquement faire prévaloir ses dispositions impératives sur la loi d'autonomie des parties. Récapitulons ces divers éléments, dont, nous le répétons, l'analyse approfondie pour chaque cas d'espèce est nécessaire pour arriver à une solution juste :

Il y a en premier lieu *l'obligation en elle-même*, soumise à la loi d'autonomie des parties.

En second lieu il y a *l'objet de l'obligation*, qui, en dehors de toute convention des individus, peut obéir aux règles impératives d'une législation déterminée.

Cependant, pour que ces règles impératives puissent s'appliquer effectivement il faut en outre un *lien de territorialité* entre l'objet et le souverain qui veut les imposer.

Deux Français conviennent en France d'ouvrir une fabrique d'allumettes en Suisse et un litige surgit entre eux à ce sujet qui est porté devant le juge français. S'agissant d'une obligation véritablement internationale, ils ont pu la situer en Suisse aussi bien qu'en France. A supposer que la validité de cette obligation ne fasse aucun doute, on procède à l'analyse du deuxième élément, à

savoir l'objet. Si cet objet était situé en France, il tomberait sous la prohibition de la législation française en raison du monopole de l'Etat concernant la fabrication des allumettes. Mais se situant en Suisse, aucun lien de territorialité entre l'objet et la législation du for ne peut être établi, les règles impératives françaises ne peuvent jouer; il convient de se référer purement et simplement à la législation suisse, la *lex rei sitae*, car le lien de territorialité entre l'objet et les règles impératives n'existe que par rapport au souverain suisse. Il en est ainsi chaque fois qu'une chose corporelle fait l'objet d'un contrat : cette chose a une situation et obéit aux dispositions impératives du législateur de sa situation. Cela concerne justement une partie des exemples que nous avons précédemment cités : le contrat de gage, ayant pour objet une chose qui se trouve en France, doit se plier aux règles impératives françaises et particulièrement à l'exigence de la dépossession du débiteur gagiste et à la prohibition de la *lex commissoria*; ce sont à peu près les deux seules hypothèses pratiques, car la troisième règle française d'ordre public concernant le gage, la rédaction nécessaire d'un écrit tombe sous le principe *locus regit actum*. La lésion d'un partage successoral concernant des immeubles tombe également sous la règle impérative de la *lex rei sitae*, en vertu de l'article 3 alinéa 2 du Code civil⁴⁹, tandis que s'il s'agissait de meubles, c'est la loi successorale qu'il faudrait suivre. L'acquisition d'un immeuble suit la loi d'autonomie, qui, très souvent, se combine avec la règle *locus regit actum*, tandis que la validité de cette acquisition à l'égard des tiers est soumise aux exigences impératives de la *lex rei sitae*; cette validité à l'égard des tiers est toujours suspendue à l'accomplissement de mesures de publicité, considérées comme des lois de police et de sûreté dans le sens de l'article 3 alinéa 1^{er} du Code civil. Ces mesures de publicité, en toutes matières, sont toujours soumises à la *lex rei sitae*⁵⁰.

Il y a là une première proposition très importante à

49. Cass. civ., 13 avril 1932, D. 32.1.89.

50. Voir, en ce qui concerne les mesures de publicité pour la séparation de biens judiciaires, Seine, 14 janv. 1925, *Revue*, 1925, p. 555.

retenir et qui consiste dans cette constatation qu'en ce qui concerne les choses corporelles, la loi d'autonomie ne peut jamais se prévaloir contre les dispositions impératives et prohibitives de la *lex rei sitae*. Comme en matière de la condition des personnes, les choses corporelles possèdent des règles de rattachement bien déterminées et nous n'avons qu'à renvoyer pour le reste purement et simplement aux développements que nous avons consacrés à la *lex rei sitae*.

Cependant l'objet d'une obligation peut ne pas être une chose corporelle. Voilà par exemple la clause compromissoire qui a suscité la jurisprudence que nous avons mentionnée. Nul doute qu'en droit interne pur, la prohibition de cette clause dans un contrat avant la loi de 1925, même en matière commerciale, est d'ordre public. Une clause compromissoire est évidemment une clause accessoire dans un contrat; or, par l'expression « droit interne pur » il faut entendre l'obligation dont tous les aboutissants se trouvent localisés dans le ressort d'une législation unique, en territoire français par exemple : les créanciers et les débiteurs sont domiciliés en France et l'exécution de l'obligation a lieu en France. Dans ces conditions l'obligation se situe bien en France et l'autonomie de la volonté ne peut jouer que dans la mesure où une règle impérative française ne s'y oppose pas. Le lien de territorialité entre tous les éléments de l'obligation et la législation française étant bien établi, toutes les dispositions d'ordre public doivent être intégralement appliquées.

La situation change d'aspect lorsque cette obligation s'internationalise, lorsqu'elle est à cheval sur la France et l'Angleterre par exemple et que les parties ont choisi la loi anglaise comme devant régir les effets du contrat. Constatons d'abord que par la volonté des parties, l'obligation se situe en Angleterre (loi d'autonomie); il en est également ainsi de la clause compromissoire, que l'on doit supposer directement attachée à l'obligation elle-même, dont elle constitue un accessoire. Aucun lien de territorialité n'existant plus entre la clause compromissoire et la législation française, la prohibition de l'article 1006 du Code de procédure civile ne peut jouer, d'autant plus que

les contractants ont désigné un arbitre à Londres, effectuant de la sorte une attribution de compétence judiciaire par convention, ce qui ne saurait être contraire à un principe d'ordre public. L'objet de l'élément litigieux du contrat, la clause compromissoire, n'a de lien territorial qu'avec la législation anglaise; c'est celle-ci qu'il faut consulter et il convient d'approuver les décisions de jurisprudence que nous avons mentionnées et qui se prononcent à la quasi-unanimité dans ce sens.

On peut procéder aux mêmes raisonnements en ce qui concerne la fameuse clause-or ou la monnaie de paiement dans les contrats, qui a suscité une volumineuse jurisprudence. Le paiement est incontestablement un mode d'extinction d'une obligation. Il suit, en conséquence, la loi d'autonomie dans la mesure où cette obligation elle-même peut y prétendre. Nous savons que d'après la jurisprudence l'obligation peut être considérée comme ayant un caractère international lorsqu'un élément du commerce extérieur est en cause. Si telle est l'hypothèse, ou bien les contractants auront choisi expressément ou tacitement la loi étrangère comme devant s'appliquer aux effets du contrat, ou bien la loi française. Dans le premier cas, la clause-or ou la stipulation du paiement en monnaie étrangère échappera à la disposition d'ordre public du cours forcé (loi du 5 août 1914) et il devra s'effectuer selon les termes de la convention; dans le second cas, il doit être soumis à ces dispositions : ici le lien de territorialité existe entre le paiement et la législation française, là il a été écarté par les parties. Rien ne saurait mieux exprimer cette pensée que le passage suivant d'un arrêt de la Cour de Paris : « Considérant qu'à raison des besoins du commerce extérieur et dans l'intérêt des rapports internationaux, les stipulations de paiement en or ou en monnaies étrangères sont pleinement valables lorsqu'elles s'appliquent à ce qu'on est convenu d'appeler les règlements extérieurs; mais que la convention invoquée ne rentre pas dans ces catégories; que les fonds prêtés se trouvaient en France, bien longtemps avant la guerre... Que cette convention ne participe donc en rien des règlements extérieurs, seuls suscep-

tibles d'échapper à l'application des lois d'ordre public qui régissent les opérations faites en France⁵¹ ».

Nous avons affirmé plus haut que l'ordre public en droit international privé avait toujours ce résultat de faire coïncider la compétence juridictionnelle avec la compétence législative⁵²; cela veut dire, en d'autres termes, que lorsqu'un juge est saisi d'un litige à caractère international et qu'une règle d'ordre public général se trouve en jeu, ce juge ne peut appliquer à la situation juridique litigieuse que les règles impératives de son propre souverain. En même temps nous avons fait pressentir une importante réserve à cette proposition, à formuler ultérieurement. En matière contractuelle cette réserve consiste justement dans ce lien de territorialité entre l'objet de l'obligation et la législation saisie, qui est absolument indispensable à l'intervention de l'ordre public.

On a nettement l'impression qu'une analyse approfondie de l'ordre public en droit international privé permet, malgré toutes les difficultés, de donner une régularité certaine à ce problème ou plutôt aux multiples problèmes que cette notion suscite. Tour à tour son action nous est apparue dans les matières les plus diverses du droit privé : dans la condition des personnes, dans les règles concernant la forme des actes, sur le terrain de la *lex rei sitae* et enfin dans le domaine des obligations contractuelles. Pour que l'ordre public puisse intervenir, nous avons soutenu qu'un lien de territorialité entre le rapport juridique et le souverain du for était indispensable et à l'aide de quelques exemples que l'on pourrait multiplier à volonté et observer jusque dans les chapitres les plus secondaires du domaine du droit privé, nous avons essayé de dégager ce lien qui, dans les hypothèses que nous avons analysées en détail jusqu'à présent dans les obligations contractuelles, se trouve être nettement établi soit par l'objet de cette obligation, soit par la volonté des parties. L'intervention de l'ordre public d'une législation ou l'abstention de cette intervention, malgré qu'elle soit saisie de la solution du

51. Cour de Paris, 1^{re} Ch., 16 avril 1926, Clunet, 1926, p. 972.

52. Voir *supra*, p. 117.

litige et malgré la présence, dans cette législation, de règles impératives d'un contenu opposé à la loi d'autonomie choisie par les contractants, s'explique, en conséquence, par l'existence ou l'absence du lien de territorialité entre le rapport litigieux et le souverain du « système juridique saisi⁵³.

Or, comment se fait-il — et qu'on nous excuse de reprendre cet exemple se rapportant à l'état et la capacité des personnes; nous le faisons intentionnellement, car la remarque peut s'appliquer au domaine contractuel, à celui de la condition des individus et d'ailleurs à tous les autres problèmes de droit privé — qu'un étranger, n'ayant par hypothèse aucune attache territoriale avec le souverain français par exemple, ne puisse invoquer, devant notre juge, son statut personnel pour faire prononcer son divorce par consentement mutuel; que dans les mêmes circonstances on lui applique la puissance maritale de la loi française; ou encore que le juge italien n'applique que sa propre loi lorsqu'il est saisi d'un litige concernant un louage de services; que ni le juge français ni le juge grec n'admettent la validité de la clause d'exonération en matière contractuelle en cas d'inexécution de l'obligation par la faute du débiteur, même si cette faute a été commise à l'étranger, que le contrat y a été conclu, sous l'empire d'une loi qui admet cette clause et qui, en plus, est la loi d'autonomie (Exemples précités)?

Tous ces exemples ont ceci de commun qu'une situation juridique qui n'a aucun lien de territorialité avec la législation saisie, se trouve, malgré cette absence, apparente au moins, soumise à des règles impératives et prohibitives de cette législation. Il semble, en conséquence, que l'ordre public intervienne ici sans se soucier de l'élément territorial que nous proposons cependant comme élément nécessaire à son action. Nous touchons, en évoquant ces hypothèses, à la partie la plus complexe et la plus délicate du rôle de l'ordre public en droit international privé.

Qu'on se détrompe immédiatement : le lien de territorialité existe effectivement, mais ce n'est plus ni la natio-

53. Expression qu'emploie très souvent avec justesse M. Arminjon.

nalité, ni le domicile (état et capacité des personnes), ni la situation des biens (choses corporelles mobilières et immobilières), ni la volonté des parties (loi d'autonomie) qui le détermine en même temps que ces divers éléments de territorialité justifient l'intervention de l'ordre public ou explique son abstention; ici, c'est le juge qui constitue ce facteur de rattachement, qui établit le lien territorial entre la situation juridique et la législation qui entend régir cette situation par ces règles impératives. Cela veut dire que par le seul fait que le juge est saisi, selon la nature de ce litige, il ne peut appliquer que les lois d'ordre public de son propre législateur et cela, par hypothèse même, en dehors de toute autre considération.

L'exemple le plus frappant est d'abord celui qui se rapporte aux règles de *procédure* et tous les problèmes qui, d'après la qualification du juge saisi, se ramènent, se confondent avec les dispositions de *procédure* : le juge ne pourra appliquer que ces seules règles impératives, c'est-à-dire celles de la législation de son souverain. « Attendu que la procédure suivie au Maroc selon les tribunaux français, est régie par les lois locales, etc... » dit notamment un arrêt de la Cour de cassation⁵⁴. Il s'agissait en l'occurrence de la liquidation de la communauté à la suite du divorce. La Cour d'appel de Rabat a donné pouvoir au Président du tribunal de Rabat, conformément à l'article 5 du Dahir marocain du 18 mars 1921 à l'effet de désigner un juge de son siège pour suivre les opérations de la liquidation. Au Maroc, les ressortissants français peuvent invoquer, devant les tribunaux français, les bénéfices des lois du Code civil français et la décision rendue par la Cour de Rabat est, à ce sujet, en contradiction avec les articles 822 et 1476 de notre Code civil, qui attribuent la surveillance de la liquidation de la communauté non pas à un juge désigné par le Président du tribunal, mais au tribunal de 1^{re} instance lui-même. Cette antinomie était justement le moyen principal, invoqué par une des parties, aux fins de faire casser l'arrêt. La Cour de cassation a débouté le demandeur pour cette raison que les articles 822 et 1476

54. Cass. civ., 2 mars 1926. *Clunet*, 1926 p. 1001.

du Code civil sont qualifiés de règles de procédure et qu'en conséquence, la juridiction marocaine ne pouvait pas les appliquer et était ensuite obligée d'appliquer ses propres règles de procédure⁵⁵. La validation de cet arrêt est à rapprocher de la décision du tribunal civil de la Seine de 1925 (précité) qui refusait l'exéquatur pour la France d'un jugement suisse de séparation de biens judiciaire. La contradiction des deux décisions n'est qu'apparente : la Cour d'appel de Rabat étant une juridiction française qui a appliqué des règles françaises de procédure, peu importe leurs différences de détail avec celle de la Métropole, pourvu que la qualification des règles soit conforme aux vues de la Cour de cassation. Une séparation de biens n'est effective en France, à supposer que les époux y possèdent des biens — car au fond, la procédure en la matière consiste en partie dans des mesures de publicité qui tombent sous les exigences de la *lex rei sitae* — que si l'on a satisfait aux règles impératives françaises. Le jugement de Rabat remplit certainement ces conditions, tandis qu'il ne peut en être ainsi du jugement suisse dont l'exéquatur doit être refusé.

La matière de la procédure fournit d'ailleurs des exemples nombreux d'interventions de l'ordre public général, basé uniquement sur le fait que le juge a été saisi. Ainsi, l'organisation de la faillite est liée en grande partie à la procédure. Un juge français ne pourra jamais déclarer une faillite contre un non-commerçant, et par commerçant il ne faut, bien entendu, comprendre que ceux des individus qui sont qualifiés comme tels par la loi française. Quoique moins apparente, nous nous trouvons certainement en face d'une règle de procédure moins au point de vue de la forme que de celui du fond et que l'on peut formuler ainsi : une condition nécessaire pour qu'un

55. Cass. civ. 2 mars 1926, Clunet, 1926 (p. 1001). En l'occurrence, c'est une question de qualification. La Cour de Rabat a qualifié de règles de procédure les articles du Code civil en question. Mais la Cour de cassation a adopté exactement la même qualification. Il ne peut en être autrement. En effet, la Cour de Rabat, comme toutes les Cours d'appel de la Métropole, sont sous le contrôle de la Cour de cassation qui assure l'unité de jurisprudence. Or, si la Cour de cassation avait qualifié de règles de droit civil les deux articles, ils auraient pu être invoqués par les Français au Maroc et la cassation du jugement se serait imposée.

juge français puisse commencer une procédure de faillite contre un individu qui a cessé ses paiements, c'est la qualité de commerçant de ce dernier.

Une question très débattue est celle de prescription libératoire. Bien des juridictions étrangères voient dans la prescription un moyen de procédure, particulièrement la jurisprudence anglo-saxonne⁵⁶. Sur le continent on rencontre des contrariétés fréquentes dans le même pays quant à la loi applicable à la prescription. Nous notons par exemple, pour la Belgique, deux décisions récentes⁵⁷, dont la première se déclare pour la *lex fori* et la deuxième pour la loi applicable à l'obligation. Le tribunal fédéral Suisse s'est prononcé récemment pour la loi de l'obligation⁵⁸. Ce ne sont d'ailleurs pas là les seules possibilités de rattachement. En France, notamment, nous trouvons des décisions un peu dans tous les sens : loi de l'exécution de l'obligation⁵⁹, la loi d'autonomie, c'est-à-dire la loi de l'obligation⁶⁰; un arrêt récent de la Cour de cassation constitue en conséquence un revirement en ce sens qu'elle s'est prononcée pour la loi du domicile du débiteur⁶¹. Est-ce qu'elle se tiendra à cette jurisprudence ? Dans ces conditions, il faudrait bien appliquer la loi suisse dans l'espèce que nous avons notée plus haut ; cette loi suisse, en l'occurrence, établissant une dette *imprescriptible*, il est à douter que le juge français l'admettra. Mais alors, il faudrait changer la qualification, sinon le lien de territorialité déterminant l'action de l'ordre public, n'existerait plus ; il faudrait dire, en d'autres termes, que la prescription libératoire est franchement un moyen de procédure.

Répetons, encore une fois, que la qualification, étrangère à cette étude, joue un rôle important dans le problème de l'ordre public ; quelle est la qualification qui doit l'emporter, celle de la *lex fori* ou celle de la loi étran-

56. Trib. com. d'Anvers, 19 oct. 1932, Clunet, 1934, p. 451.

57. Conseil de prud'homme d'appel d'Anvers du 28 sept. 1931, Clunet 1934, p. 452.

1934, p. 452; Trib. com. d'Anvers du 19 octobre 1932, Clunet, 1934, p. 451

58. Trib. F., 26 sept. 1933, Clunet, 1934, p. 475.

59. Seine, 2 juin 1881, Clunet, 1881, p. 234; Seine, 19 fév. 1889, Cl. 89.621.

60. Tr. Com. Marseille, 25 oct. 1860, Cl. 81.252; Cass. civ., 31 mai 1932.

61. Ch. civ. Cour cass., 9 janv. 1934, *Nouvelle Rev. de Droit int. privé*, 1934, p. 107.

gère ? Jusqu'à présent, on avait plus ou moins pris l'habitude d'affirmer que c'était la qualification de la *lex fori* qui devait l'emporter. Ce postulat n'est pas entièrement faux, mais il demande à être précisé. En réalité, le problème des qualifications ne peut être traité en dehors des problèmes de solution des conflits de lois dont il n'est qu'un aspect.

Ainsi, une loi étrangère qualifie de question de forme extrinsèque ou même de fond celle qui, d'après la *lex fori*, est qualifiée de règle de procédure. En admettant que d'après la règle de solution du juge saisi la loi étrangère est compétente, il semblerait, en pure logique, que la qualification étrangère doive l'emporter. Il n'en est cependant rien : la règle de procédure restera règle de procédure, malgré la qualification différente de la loi étrangère. La raison, très simple, réside dans le fait que les règles de procédure sont d'ordre public général : un juge ne peut appliquer que ses propres lois de procédure et, bien entendu, la qualification, c'est-à-dire le fait que le législateur range telle loi parmi les lois de procédure, tombe également sous le coup de l'ordre public général. Une autre solution serait inconcevable ; un juge, qui, par exemple, appliquerait à différentes reprises la même loi en la qualifiant tantôt de règle de procédure et tantôt de règle de forme ou de fond. La qualification de la *lex fori* ne l'emporte, par conséquent, que parce que la loi applicable est d'ordre public général⁶².

62. Comme toutes les affirmations *a priori*, celle de la compétence exclusive du juge saisi en matière de qualification a donc besoin d'être élucidée. Malheureusement la doctrine n'est pas encore parvenue à fixer définitivement ce problème et il serait à souhaiter que cette question soit reprise sur des bases nouvelles, c'est-à-dire qu'elle soit étudiée de front avec les autres problèmes qui s'y mêlent, tel que celui de solution des conflits de lois, de l'ordre public, etc. Néanmoins il nous semble possible d'affirmer que la qualification devrait être celle de la loi que le juge applique effectivement.

C'est ainsi que le Tribunal d'Empire a jugé (arrêt du 7 juillet 1932, dans *Die Deutsche Rechtssprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts*, année 1932, p. 16 et *Nouvelle Revue de Droit international privé*, 1934, p. 124). Il s'agissait, en l'occurrence, de la succession d'un Grec, ouverte en Allemagne. D'après le droit international privé allemand, c'est la loi successorale nationale qui doit s'appliquer aux successions des étrangers en Allemagne, donc la loi grecque. C'est, bien entendu, la loi grecque qui désigne les héritiers ; mais c'est encore cette dernière qui tranche la question de savoir si la prétention d'un des cohéritiers vis-à-vis de la succession est purement et simplement un droit de créance ordinaire ou si c'est un droit héréditaire, peu

Arrêtons ici la liste des exemples se rapportant aux règles de procédure; dans la pratique judiciaire, ce problème est d'une application fréquente. En dehors de la question de qualification, parfois assez laborieuse à démêler, mais dans tous les cas entièrement offerte à la souveraine appréciation du juge, ce problème ne soulève aucune difficulté particulière.

L'intervention de l'ordre public général qui détermine son exclusivisme, se motive simplement par une raison de nécessité technique si l'on peut dire. On ne voit pas très bien les conflits de loi surgir à l'occasion de règles de procédure; cela amènerait des complications inexplicables dans la vie juridique internationale; devant un tribunal on ne peut appliquer qu'une seule procédure, celle qui, justement, a été conçue à l'usage du juge de ce tribunal. Un autre argument de justification de l'ordre public général dans ce domaine que celui de la simple nécessité est superflu.

Les règles de procédure ne sont malheureusement pas les seuls cas de l'ordre public général par le seul fait que le juge est valablement saisi du litige. Dans d'autres hypothèses assez variées d'ailleurs, c'est encore lui, sa fonction, qui constitue le lien territorial qui détermine l'application d'une loi impérative de la législation saisie (*lex fori*). Dans tous les domaines du droit on voit le juge appliquer les dispositions d'ordre public à une situation sans que cette situation n'ait d'autres liens de territorialité avec le souverain de ce juge que la compétence juridictionnelle. L'expression de *compétence de la lex fori* prend, en conséquence, une signification particulièrement vivante puisque cette compétence n'est effectivement déterminée que parce que les parties ont régulièrement porté le litige devant le tribunal. L'ordre public intervient alors en quelque sorte en raison de la *lex rei sitae* du litige. Peut-être nulle part ailleurs dans le problème de l'ordre public,

importe que le droit allemand qualifie d'une façon autre le droit sur lequel le demandeur s'appuie.

Ici, ce n'est donc pas la qualification de la *lex fori* qui l'a emporté, mais simplement celle de la loi effectivement appliquée (Voir dans le même sens notre exemple cité *supra*, p. 49).

l'analyse détaillée, approfondie, du *motif* du caractère impératif des règles de droit interne qui sont soustraites à la volonté individuelle, s'impose avec plus de nécessité que dans cette partie du droit international privé, où l'on voit jouer l'ordre public général ni en vertu de la nationalité ou du domicile, ni en raison des exigences de la règle *locus regit actum* ou de celle de la *lex rei sitae* ou de la loi d'autonomie ou de procédure, mais *seulement parce qu'un juge saisi est compétent*. Il est assez facile d'expliquer pourquoi il est indispensable, ici, d'établir nettement le motif d'ordre public des règles impératives. En effet, lorsqu'on a épuisé les possibilités de rattachements territoriaux de rapports juridiques à une législation, rattachements qui seuls peuvent déterminer l'intervention de l'ordre public, sauf le cas où le juge, et lui seulement, représente ce lien territorial, c'est qu'on a quitté le terrain juridique pur : du coup on se trouve transporté dans le politique, dans la morale, c'est-à-dire dans le domaine le plus impondérable de la vie du droit. On a beau compulser tous les recueils de jurisprudence, on ne trouvera aucune décision impliquant l'application, en dehors de cette idée, d'une règle d'ordre public à un litige international : si l'intervention de cet ordre public n'est pas basée sur un des rattachements sus-mentionnés il doit nécessairement avoir pour motif une appréciation d'un principe juridique inspiré par des considérations politiques ou morales. Quelle sera alors la force de cet ordre public ? C'est justement son motif qui nous le dira, car l'action de l'ordre public ne dépasse jamais ni n'aura une étendue moindre que son motif. La raison pour laquelle, lorsqu'un juge est saisi d'un litige, qui met en cause une règle impérative de la législation interne, destiné à imposer aux particuliers une certaine tenue morale, une attitude politique ou sociale, ce juge doit automatiquement appliquer cette règle, ne tenir compte que d'elle et non jamais d'une loi étrangère différente, est assez aisée à fournir : nous avons quitté le domaine du droit pour nous engager dans celui de la foi et des croyances. Or, de tout temps — et c'est une simple constatation historique, — tout ce qui peut être caractérisé ou, tout au moins ce que le juge caractérise comme des préceptes de

foi, comme des dogmes politiques ou moraux, portent en eux la rigueur de cet exclusivisme qui, dans leurs domaines respectifs, ne peuvent admettre la présence d'autres préceptes et d'autres dogmes différents, car s'il n'était pas ainsi, la foi ne serait plus la foi, la morale ne serait plus la morale et le politique⁶³ (pris dans le sens large du terme) ne mériterait plus que les hommes se dépensent en luttes pour arriver à imposer une règle juridique si cette dernière pouvait céder devant une loi étrangère différente. Pour cela, il faut préciser ce dogme de morale ou cette règle politique. Dans notre première partie, nous avons essayé de le faire par exemple en ce qui concerne la responsabilité civile de l'article 1382, qui, en réalité, ne révèle son caractère d'ordre public que dans le domaine contractuel aux fins de maintenir la bonne foi des contractants. Certes, on ne peut contester la nature morale d'un principe tel que la bonne foi dans les contrats : il est évident qu'un juge ne peut appliquer qu'un seul principe juridique qui consacre cette bonne foi, c'est celui de son législateur ; en France, il procède de l'article 1382. Peu importe qu'en Belgique ou en Angleterre, par exemple, cette bonne foi soit appréciée autrement, d'une façon plus libérale par rapport à la volonté individuelle et c'est ainsi que s'explique que le juge français refuse la validité des clauses d'exonération dans les contrats, qui inclut même la faute du débiteur. Ce refus comprend indistinctement tous les litiges dont le juge français aura à connaître et qui soulèvera la question de la bonne foi d'un des contractants ; l'endroit, le siège de l'obligation est entièrement indifférent : le seul fait de la compétence du juge français implique que la bonne foi conventionnelle doit être pesée et appréciée d'après la loi française. Telle que la comprend notre loi, la bonne foi est une conception éminemment morale ou, si l'on veut, sociale ; on veut éviter qu'en matière contractuelle, l'individu économiquement faible ne devienne la victime de la mauvaise foi du plus fort en permettant les clauses d'exonération en question. Il y a là un côté humanitaire très prononcé et c'est ainsi que s'explique le juge-

63. Voir *supra*, p. 23.

ment que nous avons relevé⁶⁴ et qui n'admet aucun effet de cette clause, hors celui du renversement de la preuve de la faute, même dans notre hypothèse où le contrat a été conclu à l'étranger sous l'empire d'une loi qui admet la validité d'une stipulation insérée dans un contrat en vue d'exonérer le débiteur des suites d'inexécution de l'obligation provenant même de sa propre faute : l'ordre public général français n'a donc pu jouer qu'en raison de la compétence du juge français saisi du litige.

À écouter le langage de la doctrine on pourrait croire que cet aspect de l'ordre public joue un rôle considérable en droit international privé. Partout, à l'occasion de l'étude de cette notion, il n'est question que de la *lex fori*, de considérations morales, politiques et sociales, qui s'opposeraient à l'application de la loi étrangère, et on se rappelle en même temps le découragement qui s'empare de nombre d'auteurs lorsqu'ils évoquent ce problème. Or, abstraction faite du domaine de l'état de la capacité des personnes, il n'en est rien et les difficultés ne présentent ordinairement point ce caractère de quasi-insolubilité théorique comme on l'a souvent entendu affirmer.

Il faut dire, il est vrai, que s'il ne s'agissait pour une simple règle impérative de droit interne, que de l'éprouver sur sa nature exclusive en droit international privé, les choses alors ne seraient évidemment pas très réconfortantes : l'exclusivisme d'une règle juridique suppose toujours une profession de foi quelconque, c'est-à-dire un élément assez difficile à saisir et à préciser dans le domaine du droit, quoique cette tâche ne nous semble nullement impossible. Ces hypothèses, cependant, ne se présentent que très rarement dans la pratique, sauf, nous le répétons, en matière de la condition des personnes ; si par hasard elles se réalisent ailleurs, si en d'autres termes, par le seul et unique fait de la saisine du juge, celui-ci ne doit appliquer que sa propre règle impérative, ces hypothèses constituent de véritables raretés juridiques. En dehors de la clause d'exonération dont nous avons parlé, un autre exemple qui se présente sur le terrain international, nous

64. Voir *supra*, p. 175, Caen, février 1907.

est fourni par l'*exception de jeux*. Toutes les législations connaissent des dispositions similaires à l'article 1965 de notre code civil qui est ainsi conçu : « la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari ». Du fait de la généralisation internationale de ce principe, dans aucun pays une obligation résultant du jeu ou du pari n'a donc pu valablement naître, tout au moins au point de vue de son exécution forcée. Sous cet aspect simple, ni en droit interne ni en droit international privé ce problème ne rencontre, en conséquence, des difficultés de solution particulières. Avant le développement des bourses de valeurs et de marchandises presque tous les pays continentaux qualifièrent les *marchés à terme*, qui ne se résolvent pas par la livraison effective des titres ou des marchandises à l'arrivée du terme, mais par le simple paiement de la différence entre le cours du jour où l'opération a été engagée et celui du jour où elle a pris fin, comme des dettes de jeux. Pourquoi cette rigueur qui semble avérément en contradiction avec la multiplication de ces opérations ? Parce que « le législateur croit devoir se montrer défavorable à des opérations qui détournent du travail en permettant de s'enrichir sans travailler et qui sont des causes de ruine et de désordre⁶⁵ ». Cependant, à l'instar de la législation anglaise, la plupart des pays, par des lois spéciales, finirent par se départir de ce principe et particulièrement la France par la loi du 28 mars 1885. Avant cette loi, notre jurisprudence était très ferme dans le sens de l'application de l'article 1965 aux marchés à terme, mais en votant la loi de 1895 le législateur a consacré la régularité de ces marchés en interdisant de la façon la plus absolue d'invoquer l'exception de jeu pour ce genre d'opération. L'obligation qui en résulte est donc civilement valable⁶⁶. Mais il n'en est pas de même dans tous les pays et spécialement en Belgique et en Suisse qui n'ont pas introduit des lois destinées à régulariser les marchés à terme, qui, eu égard à leur législation tombent toujours sous le coup de l'exception de jeu. Un juge belge est saisi

65. Lyon-Caen, rapport à l'Institut de Droit international, session de Florence, 1928, *Annuaire de l'Institut*, nouvelle éd. abrégée, 1928, p. 386.

66. Trib. com. Seine, 8 juin 1931, *Clunet*, 1931, p. 629.

d'un litige qui surgit à l'occasion d'un marché à terme passé en France ou en Angleterre; donc aucun lien de territorialité entre le rapport juridique et la législation belge, hors le fait de la compétence du juge belge. Malgré la parfaite régularité de l'opération à l'origine, ce juge opposera l'exception de jeu à l'obligation qui en est résultée⁶⁷. Il en est ainsi également pour la Suisse; le Code fédéral des obligations dit dans son article 513, « aucune obligation ne peut naître du jeu ou du pari et dans l'alinéa 2 du même texte, il le spécifie expressément pour les marchés à terme. Donc, aucun jugement français, condamnant l'individu, devenu débiteur à la suite d'un contrat de marché à terme, n'a jamais reçu l'exéquatur en Suisse.

En dehors de l'exception de jeu, on pourra imaginer d'autres hypothèses, comme par exemple la suivante : à l'étranger, un fonds est grevé d'une servitude dont le propriétaire empêche la jouissance. Pour une raison ou une autre — en réalité cette raison doit être assez extravagante — ce propriétaire, pour ce motif, est actionné en dommages et intérêts devant un tribunal français. Notre juge qualifiant cette servitude non point de réelle, mais de personnelle, débouterà le demandeur en vertu de l'article 686 de notre Code civil qui prohibe de la façon la plus absolue ces servitudes personnelles et ces prohibitions ont certainement un caractère exclusif⁶⁸; nous n'avons d'ailleurs trouvé aucun exemple pratique.

Il serait de même des contrats ayant une cause contraire aux bonnes mœurs (article 1133); le cas est assez rare, et cela pour la même raison que celle que nous avons énoncée en parlant de l'exception de jeu : les bonnes mœurs étant au point de vue juridique sensiblement les mêmes dans les diverses législations, en rapports fréquents les unes avec les autres, une obligation ayant une cause contraire aux bonnes mœurs, c'est-à-dire à la morale publique, est généralement considérée comme telle dans toutes les législations. La nullité de cette obligation ne résulte alors point de l'ordre public de la *lex fori*, mais de la prohibition de la

67. Cour d'appel de Bruxelles, 19 nov. 1890, Clunet, 1893, p. 226. C. d'appel de Gand, 9 juin 1893 Cl. 1894, p. 586, etc...

68. Voir *supra*, page 51.

loi du contrat supposée étrangère⁶⁹. A titre de curiosité qui ne constitue que le rappel d'un principe que nous avons déjà analysé, on peut concevoir une hypothèse inverse : un contrat conclu sous l'empire d'une législation, est frappé de nullité d'après cette législation parce que contraire à un principe d'ordre public, tandis que le juge d'un autre pays peut parfaitement le déclarer valable. En vertu de la loi budgétaire du 27 février 1912, la contre-lettre, ayant pour but de majorer le prix de cession d'un office ministériel est nul pour des motifs de fiscalité. Le juge suisse cependant, déclarera valable cette contre-lettre parce qu'une loi fiscale est une loi politique dont ils n'ont pas à tenir compte⁷⁰; cela ne touche donc pas le problème dont il est question à cette place. Nous ne connaissons d'ailleurs aucun exemple pratique de cette hypothèse spéciale

Toutes ces hypothèses, on le voit, sont assez rares⁷¹. Dans l'immense majorité des cas, les situations se présentent autrement. Il existe d'abord dans une législation des règles impératives dont la longue pratique du droit interne a assez clairement révélé toute la portée dans ce domaine. En face de ces règles impératives, il y a ensuite les situations juridiques dont certains éléments ont un caractère international. Y a-t-il un lien de territorialité entre ces situations juridiques et la législation interne ? C'est à cela que se réduit la question. Si ce lien de territorialité se révèle à l'analyse, nul doute que les règles impératives internes s'appliquent à la situation, sinon on doit appliquer la loi étrangère à laquelle la situation

69. Voir un des rares exemples *supra*, page 201, décision de la Cour de cassation, Rome.

70. Voir *supra*, p. 183.

71. Encore une fois, nous devons répéter qu'il en est autrement en matière d'état et de capacité des personnes; très souvent, dans ce domaine, le juge n'applique que sa propre loi. La raison de ce fait réside dans le caractère moral restes vivants de vieilles conceptions religieuses, de la plupart des institutions concernant la famille. Ici, cependant, la tâche du juriste est facilitée du fait de l'ancienneté de ces institutions, de leur séculaire pratique, de l'esprit qui a présidé à ces institutions, leur évolution, de la nécessité qui s'est révélée au cours des siècles que sur certains points tous les individus résidant dans le ressort territorial d'une législation soient régis par un statut uniforme.

Les hésitations de la jurisprudence dans cette question ne proviennent que de la règle de rattachement à la loi nationale que nous avons eu l'occasion de critiquer; nous pouvons donc renvoyer aux développements antérieurs.

juridique se trouve attachée par le lien de territorialité. On sait, en outre, que toutes les questions de qualification sont appréciées par le juge saisi. Récapitulons les différentes possibilités de rattachements territoriaux qui peuvent impliquer l'application à une situation juridique internationale des règles impératives de la législation saisie.

a) La *nationalité* qui ne forme un rattachement qu'en matière *d'état et de capacité*.

b) Le *domicile* détermine en principe la *compétence judiciaire* (sauf autonomie de la volonté en matière contractuelle). Il implique rarement, en dehors de ce domaine, l'application d'une règle d'ordre public (sauf dans le système anglo-saxon et dans quelques pays continentaux où la loi applicable à l'état et la capacité est rattachée à la législation du domicile). Pourtant, nous savons que la Cour de cassation a jugé que c'est le domicile du débiteur qui conditionne la loi applicable à la *prescription libératoire*. Remarquons cependant que le problème est équivoque, car il s'agissait dans la dernière espèce jugée du débiteur domicilié en France. Il n'est pas encore prouvé que malgré cette affirmation du domicile en la matière, la jurisprudence ne considère tout au fond des choses, la prescription que comme un moyen de procédure.

c) Les *règles de droit public* sont applicables à l'exclusivité de toute loi étrangère; cette proposition se révèle particulièrement en droit privé par l'application du principe de la neutralité du juge eu égard aux mesures politiques d'un souverain étranger (affaire Potocki, affaire des Pères Chartreux, affaires des confiscations soviétiques etc.).

d) Il en est de même des *lois de police et de sûreté*, comme le décide formellement l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil⁷².

72. Nous n'avons jamais très longuement traité de cette question parce que la territorialité radicale de ces lois ne fait aucun doute. Bien entendu, il n'y a aucune différence, au point de vue de l'ordre public, du délit pénal ou du délit civil, commis en France : tous les deux tombent indistinctement sous le coup des lois impératives françaises. En connexion avec cette vertu des lois de police et de sûreté nous signalons que la jurisprudence accorde une action directe à la victime d'un accident, survenu en France, fondée sur l'article 2102 § 8 du Code civil contre l'assureur, national aussi bien qu'étranger, de l'auteur du délit. Cette action a sa source dans la loi et non pas dans le contrat d'assurance; c'est une action qui procède directement de l'article 1382, fondamental en la matière. Or, l'article premier de la convention franco-suisse de 1869 stipule que dans les contestations entre Français et

e) Les dispositions impératives concernant la forme extrinsèque des actes qui peuvent s'appliquer exclusivement en vertu de la règle *locus regit actum*.

f) La *lex rei sitae* des choses corporelles détermine les lois impératives applicables à ces choses, c'est-à-dire celles de la législation dans le ressort géographique de laquelle se trouve leur situation.

g) L'autonomie de la volonté des particuliers en matière contractuelle indique en principe les dispositions impératives qui régissent les obligations (sous réserve de toutes les autres possibilités de rattachement que nous avons indiquées).

h) Un juge saisi qualifie un principe de droit comme étant une règle de procédure : celles-ci sont exclusivement territoriales.

i) Chacun de ces éléments comporte un domaine déterminé du droit (le domicile pour la compétence judiciaire, la *lex rei sitae* pour les choses corporelles, etc.), pouvant amener l'application d'une règle impérative de droit interne à une situation juridique internationale. Si aucun de ces facteurs n'a établi un lien de territorialité entre la situation juridique et la législation du juge saisi, il semble que ce juge ne puisse point soumettre cette situation à l'ordre public de son souverain. Dans de rares hypothèses cela arrive pourtant : la *lex fori* impérative est alors compétente en elle-même, sans autre lien de territorialité que la compétence du juge⁷³ et cela en raison du caractère exclusif de la règle d'ordre public.

Suisses, le demandeur est tenu de porter son action devant les juges naturels en matière d'actions personnelles et mobilières. S'agissant, en l'occurrence, d'une action née d'un délit, la convention ne saurait s'appliquer. Voir : Trib. de Sens, 9 nov. 1933, C. d'app. de Lyon, 25 juillet 1933. Trib. com. de Dunkerque, 19 mars 1934 : Toutes ces décisions sont rapportées et commentées par la *Nouvelle Revue de Droit international privé*, n° 2, 1934 (sous presse).

73. Il convient de ne pas confondre cette hypothèse avec celle de la compétence juridictionnelle, déterminée en principe, soit par le domicile, soit par la loi d'autonomie en matière contractuelle. Les deux questions sont bien liées en ce sens que la compétence juridictionnelle détermine infailliblement la compétence législative de ces règles. Il y a cependant cette différence fondamentale qu'une règle de droit civil d'une législation, malgré son caractère exclusif par rapport au juge, peut parfaitement être appliquée par un juge étranger (exemple : un juge français ne divorce jamais des époux italiens), tandis que les règles de compétence judiciaires sont exclusivement territoriales dont le juge étranger ne tiendra jamais compte.

La révélation de l'ordre public général en droit international privé se conforme donc bien à des principes d'une précision certaine pour qu'il ne soit point nécessaire de subir sans défense le découragement dont la doctrine a parfois fait preuve. Evidemment, il faut détailler, analyser chaque situation juridique : la seule méthode analytique et empirique peut conduire à des résultats qui peuvent faire figure comme des solutions scientifiquement solides.

Mais en est-il autrement en droit interne pur ? Ici, l'ordre public joue un rôle tout aussi important qu'en droit international privé et présente des difficultés non moins considérables, des flottements tout aussi significatifs, en raison du caractère politique (ce dernier terme pris dans son sens large) des règles impératives. Pourtant, personne ne désespère de pouvoir apporter des solutions justes aux problèmes du droit civil et du droit commercial.

En droit international privé, ce désespoir est d'autant moins justifié que l'ordre public, lorsqu'il apparaît dans ce dernier domaine, se confond entièrement avec celui du droit interne. Nous savons, en effet, qu'un juge ne peut jamais invoquer l'ordre public dans un conflit de lois, si cet ordre public ne s'appuyait solidement sur une règle impérative, écrite ou non, du droit interne : un Français ne peut être, en France, grevé d'une servitude personnelle ; un étranger non plus. Il est défendu au juge français de divorcer des Français par consentement mutuel ou pour aliénation mentale ; il en est de même pour les étrangers. Ce caractère ressort d'ailleurs de la définition de cet ordre public : il est général et son action, comme en droit interne, se révèle dans toutes les parties du droit privé. Tout est de connaître le lien de territorialité de la situation juridique avec la législation saisie pour savoir si la règle impérative doit ou non s'appliquer à cette situation et en dernière analyse, les difficultés que l'on rencontre dans la recherche de la solution de ce problème, ne sont pas considérablement différentes de celles que cette question soulève en droit interne pur. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il nous a paru indispensable de débiter par l'étude de l'ordre public dans ce dernier domaine.

5. *Rapports de l'ordre public général avec la nationalité.* —

Cet ordre public général, avons-nous constaté, a ceci de particulier de s'appliquer à tout le monde résidant dans le ressort politique d'une législation, c'est-à-dire aux nationaux aussi bien qu'aux étrangers. Il nous semble donc impossible de lui découvrir un rôle différent suivant la qualité de national ou d'étranger de l'individu auquel il s'adresse : un principe d'ordre général lie les uns aussi bien que les autres. Tel n'est cependant pas l'avis de M. Louis-Lucas, qui dit : «... il est composé (l'ordre public général) des principes les plus importants de l'ordre public particulier aux nationaux. Pour les Français... il n'y a, en fin de compte, que l'ordre public tout court, car ce qui est l'ordre public général, est, *a fortiori* spécial aux nationaux⁷⁴ ». Suivant nous, si l'ordre public spécial aux nationaux se confond ainsi avec l'ordre public général, il devient parfaitement inutile et on n'avait nullement besoin d'y faire appel, d'autant plus que « envers les Français, l'ordre public général a exactement les mêmes caractères que l'ordre public qui leur est spécial ». Cette affirmation est certainement vraie en ce qui concerne les droits que les Français désirent créer en France. Pour un Français, il est aussi impossible d'avoir en France une majorité autre que celle de 21 ans qu'il ne peut grever un immeuble français d'une clause d'inaliénabilité absolue. Pourtant il s'agit dans le premier cas de l'ordre public spécial aux nationaux et dans le second de l'ordre public général. Toutefois, la phrase précitée de M. Louis-Lucas se révèle quelque peu inexacte lorsque ce Français étend son activité juridique à l'étranger. Il pourra grever d'inaliénabilité absolue un immeuble sis à l'étranger, mais il continue à être majeur à 21 ans. Il nous semble donc plus juste de dire que l'ordre public spécial aux nationaux est celui qui se base sur la condition des personnes et qui se trouve exprimé dans l'article 3, alinéa 3 du Code civil. Dans l'esprit des rédacteurs, ce texte constitue la solution des conflits pour une catégorie importante de lois, celles justement qui concernent l'état et la capacité des individus régis par la

74. Remarques, *op. cit.*, p. 424 et suiv.

loi nationale. Or, l'étranger en France ne devrait, en principe, ne pas être touché par les lois françaises relatives à la condition des personnes. Voilà l'ordre public spécial aux nationaux : celui qui détermine la solution des conflits en matière d'état et de capacité, le seul domaine où la nationalité influe sur les conflits de lois. Il ne fait pas de doute, bien entendu, que pour les Français, l'ordre public qui leur est spécial, ou l'ordre public général, leur est toujours applicable de la même façon et dans les conditions que nous avons déterminées plus haut. Mais la distinction ne doit pas être envisagée sous cet angle ; au même titre il serait alors possible de dire qu'il n'y a qu'un seul ordre public pour les étrangers, celui qui leur est spécial et l'ordre public général. Cette constatation, toute matérielle et aussi vraie qu'elle soit, ne présente pas de valeur pratique. Ce qui, en droit international privé est intéressant à connaître, c'est la solution des conflits. C'est uniquement pour cette raison que la distinction des différents ordres public doit être faite : elle sert de règle de rattachement. Ordre public spécial aux nationaux veut simplement dire qu'on ne l'applique pas aux étrangers qui seront régis, sur ces points particuliers par leur loi nationale. L'âge de la majorité de 21 ans est d'ordre public spécial aux nationaux, les étrangers sont soumis à la majorité de leur législation nationale, etc. Nous tenons, en conséquence, à insister sur l'indifférence de la nationalité en matière d'ordre public général ; c'est même contraire à sa définition que de vouloir y introduire ce facteur.

Ce n'est qu'à l'occasion des droits créés à l'étranger que l'ordre public prendra de nouveau en considération la nationalité des individus, mais toujours sur le seul terrain de l'article 3, alinéa 3, Il refusera, en effet, l'efficacité à ceux de ces droits qui ont été constitués sous l'empire d'une loi dont le contenu est contraire à une loi impérative française. Mais encore, et nous allons y venir, ce refus ne procédera que de l'application normale d'une loi impérative française, et cette application est conditionnée par les règles que nous avons successivement étudiées.

Section III. — Du rôle de l'ordre public par rapport aux droits créés à l'étranger (théorie des droits acquis et théorie de la fraude à la loi).

A) De la théorie des droits acquis.

I. Identité du problème des droits à créer et des droits créés. — Les développements que nous consacrerons à la théorie dite des droits acquis et de celle de la fraude à la loi par rapport à l'ordre public ne revêtiront point la forme d'un long débat théorique qui manquerait nécessairement d'utilité et ne constituerait que la répétition pure et simple des règles qui conditionnent l'intervention de l'ordre public, règles que nous avons cherchées à dégager et particulièrement les liens de rattachements territoriaux entre une situation juridique et une législation. En effet, dans les discussions précédentes, autant de fois que nous avons eu l'occasion d'évoquer le rôle de l'ordre public dans la *création d'un droit*, aussi souvent sinon davantage nous avons traité de son action dans les *droits acquis*. C'est justement la différence qui existerait entre la création d'un droit sous l'empire d'une législation et le fait d'invoquer ce droit dans une autre législation qui rendrait utile de consacrer, en droit international privé, des chapitres autonomes aux droits acquis et à la fraude à la loi; or, nous ne nous sommes nullement aperçu de cette soi-disant différence de nature qui séparerait les deux domaines et nous n'étions nullement choqués de cette promiscuité des droits acquis et des droits à créer. Voilà un premier argument qui nous décide à écourter ce chapitre qui, dans un avenir que l'on peut dire présent, disparaîtra bientôt définitivement du droit international privé après n'y avoir joué aucun rôle pratique.

Si ce premier argument ne se fonde, somme toute, que sur une impression et peut ne pas être décisif, le deuxième est à même de fortifier cette impression et indiquer la route qui mène à la conviction : ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels que la jurisprudence a fait état de la théorie des droits acquis et encore ces arrêts ont-

ils été critiqués par la doctrine⁷⁵, et quant à la fraude à la loi, les exemples pratiques que nous fournit cette théorie sont plus célèbres que nombreux et peuvent facilement s'expliquer par d'autres considérations que celle de cette notion.

En admettant même, pendant un instant, la nécessité de consacrer une étude spéciale aux droits acquis sur le terrain du droit international privé, parce que distincts des autres problèmes par des caractéristiques propres, point n'est besoin d'une longue réflexion pour s'apercevoir que l'ordre public constitue encore le pivot de toute cette théorie. L'identité parfaite, indiscutable, entre l'ordre public en droit interne et sur le terrain international, c'est-à-dire le fait que le législateur impose certains principes juridiques aux particuliers, en écartant la volonté individuelle, en les imposant même dans certaines circonstances à un rapport de droit international, à condition que ce rapport présente un lien de territorialité, nous ne voyons guère quelle discussion intéressante ou utile pourrait s'engager en dehors de notre notion : Ou bien un droit créé à l'étranger, que l'on veut faire valoir devant le juge, a été, d'après la conception de ce juge, *régulièrement* constitué à l'étranger sous l'empire de la législation étrangère. Par hypothèse même, il faut supposer que la situation juridique litigieuse se trouve rattachée à cette législation étrangère par un lien de territorialité qui est absent par rapport à la législation du juge saisi qui, en conséquence,

75. Un divorce entre Italiens a été prononcé en Allemagne conformément à la loi du domicile, alors en vigueur dans ce pays. Le Tribunal civil de la Seine décida (18 nov. 1901, *Clunet*, 1902, p. 103) que ce jugement devait recevoir exécution en France pour le motif « qu'il n'y a aucun intérêt à faire prévaloir les dispositions du statut personnel italien contre les dispositions du statut personnel allemand. »

Le même tribunal a validé un mariage entre Argentins, célébré à New-York, après qu'un précédent mariage avait été annulé par la Cour Suprême de New-York, contrairement à la loi argentine, loi compétente d'après le système français de solution des conflits (*Trib. civ.*, 11 juillet 1918, *Revue de Droit int. pr.*, 1919, p. 513).

Notons encore un arrêt du Trib. Fédéral suisse du 9 juin 1909 qui a exécuté un jugement du Trib. Béziers du 30 juin 1900, qui, contre toute logique, avait divorcé des époux italiens (*Revue de Droit int. pr.*, 1909, p. 808).

Tous ces arrêts sont des faits exceptionnels et l'on peut dire qu'ils ont rencontré la critique unanime de la doctrine (Voir Arminjon, « La notion des Droits acquis en Dr. int. privé », *Académie de Dr. int.*, *Rec. des Cours*, 1933, t. 44).

serait mal venu d'invoquer son ordre public sous une forme quelconque. Ou bien, ce droit n'a pas été régulièrement acquis, parce que la loi étrangère qui a présidé à cette acquisition n'était pas compétente, parce que la situation juridique, de laquelle ce droit est issu, n'est pas reliée territorialement à la législation qui a été appliquée; une autre loi était compétente, par exemple celle du juge saisi. Ajoutons, une fois encore, que c'est toujours le juge saisi qui apprécie souverainement, d'après les conceptions de son propre législateur, cette compétence; c'est lui, en d'autres termes, qui définit le lien de territorialité qui doit exister entre une situation juridique et une législation pour qu'une loi impérative de cette dernière puisse s'appliquer (une loi qui n'est pas impérative peut toujours être écartée par les particuliers; ils peuvent aussi se référer tacitement ou expressément à une loi étrangère comme ils pourraient eux-mêmes faire cette loi. La question ne présente donc d'intérêt pratique qu'en ce qui concerne les règles impératives). Dans le premier cas, ce droit acquis est reconnu par le juge saisi, mais dans le second il ne l'est pas, même si la législation étrangère s'est déclarée compétente. Le juge de l'Etat de New-York qui, en vertu de son principe de rattachement à la loi du domicile de l'état et de la capacité des personnes, aura divorcé des époux italiens domiciliés dans son ressort législatif, aura fourni l'occasion à ces époux d'acquérir un droit, par rapport à la législation américaine, celui de la qualité d'époux divorcés avec toutes les conséquences que cette qualité comporte (remariage, dévolution successorale, etc.). Les partisans de la théorie des droits acquis devront incontestablement compter ce droit parmi les « droits acquis ». Or, si cette théorie avait tant soit peu de raison d'être, si elle constituait réellement un problème distinct, autonome, dans le domaine du droit international privé, il faudrait pouvoir affirmer, semble-t-il, que ce droit soit définitivement *acquis* eu égard à toutes les législations et qu'il soit possible au titulaire de l'invoquer dans tous les pays. Mais il n'en est rien.

En effet, c'est la législation saisie qui détermine souverainement la loi compétente qui définit le lien de territo-

rialité sur lequel nous n'avons cessé d'insister, qui apprécie, en conséquence, la régularité de l'acquisition de ce droit. *Un droit irrégulièrement constitué d'après la loi du juge saisi ne peut gagner le qualificatif de droit acquis que par le jeu de la prescription* et nous savons que la question de la loi applicable en matière de prescription constitue elle-même un problème particulier.

En est-il peut-être autrement en droit interne? Un mineur a aliéné un immeuble; l'acquéreur peut-il se prévaloir d'un droit acquis? Certainement si cette vente s'est effectuée avec l'autorisation du conseil de famille et que la délibération de ce dernier ait été, en plus, homologuée par le tribunal, c'est-à-dire si le droit a été régulièrement acquis, sinon cette vente est annulable (article 1125), à moins que l'action en nullité soit prescrite.

L'analogie entre le droit interne et le droit international privé est très claire quant à cette fameuse distinction entre la création d'un droit et la validité d'un droit acquis. Raisonnons en droit interne : normalement les individus ne peuvent accomplir des actes qui sont contraires à une règle impérative, ils ne peuvent stipuler, par exemple, dans une contre-lettre, un supplément de prix pour la cession d'un office ministériel. *Voilà la création du droit.* Si les parties envisagent, dans la discussion préliminaire à la conclusion du contrat de cession, cette contre-lettre secrète, mais ne se décident pas à la rédiger et se conforment finalement de leur propre gré au principe d'ordre public de la loi budgétaire de 1912, elles n'auront point créé un droit. Mais elles peuvent passer outre et rédiger cette contre-lettre, créer, en d'autres termes, ce soi-disant droit. Mais il n'y a pas de droit acquis. Ce qu'il faut envisager, ce n'est nullement le droit, né de cet accord, mais le principe juridique qui permet et surtout qui prohibe de le créer. Si la loi est impérative, il faut simplement l'appliquer, rien de plus. La loi impérative, c'est le capitaine qui commande aux soldats de se mettre en rangs; si l'un d'eux ne s'y conforme pas ou, après coup, sort de son rang de sa propre initiative, on ne saurait prétendre que ce soldat se crée un droit et ce n'est pas l'initiative de ce dernier qui importe, mais la stricte obéissance au commandement du chef.

Sur le terrain international, comme en droit interne aussi d'ailleurs, la question ne présente évidemment d'intérêt que dans l'hypothèse où, d'après la conception du juge, le droit n'a pas été régulièrement constitué, c'est-à-dire d'après la loi compétente. Au cas où ce droit n'aura pas été définitivement consolidé par la prescription, il sera nul dans la mesure où la loi étrangère qui a présidé à sa création sera différente d'une disposition impérative du juge saisi, sous réserve du lien de territorialité liant la situation à une législation. Eu égard à la législation française, l'époux italien divorcé à New-York, n'aura pas de droit acquis, parce que, d'après notre conception, encore en vigueur actuellement (argument *a contrario* de l'article 3, alinéa 3, de notre Code civil), la condition de la personne doit être rattachée à la loi nationale de l'individu, et non à la loi du domicile et qu'un divorce irrégulièrement prononcé n'ouvre la voie à aucune sorte de prescription, ni extinctive ni acquisitive, pour consolider la qualité d'époux divorcé.

En dernière analyse, ce n'est pas le droit individualisé sur telle personne ou tel objet, que l'on considère, mais la loi étrangère sous l'empire de laquelle ce droit a été créé. En conséquence nous ne nous trouvons en présence que d'un conflit de lois pur et simple. En cherchant à faire valoir un droit, constitué en vertu d'une loi étrangère, dans le ressort d'une législation, on cherche en réalité à faire valoir cette loi elle-même : le droit seul ne commence à avoir une vie propre, indépendante, il n'obtient en quelque sorte son émancipation que par la vertu de la prescription et encore est-il possible de dire qu'il a simplement changé de loi. Le seul droit véritablement acquis est celui qui l'a été régulièrement d'après la loi que le juge saisi déclare compétente. La vérité est donc beaucoup plus simple que l'inutile subtilité de cette théorie ne pourrait le faire croire

2. *On peut difficilement admettre que la jurisprudence applique en réalité la théorie des droits acquis. L'inutilité de cette notion.* — Toutes les raisons que nous venons de citer nous semblent suffisamment fortes pour comprendre que la jurisprudence n'a jamais fait état de cette théorie

qui a été surtout défendue par MM. Pillet et Niboyet⁷⁶; elle se confond entièrement avec la théorie générale des conflits de lois. Le rôle que l'ordre public y peut jouer se conforme minutieusement aux règles que nous avons déjà dégagées. En les appliquant strictement, on s'apercevra que ces droits acquis à l'étranger doivent toujours aller révérencieusement quérir l'approbation de l'ordre public du juge saisi, qui, pour confirmer ou infirmer leur validité commence infailliblement par *qualifier* d'une façon entièrement indépendante et souveraine, la situation juridique qui a donné prétexte à ce droit. Il procède ensuite et selon ses propres conceptions à l'établissement du lien de territorialité qui rattache la situation juridique, ou un côté seulement de cette situation, à une législation déterminée; il indique, en d'autres termes, la loi compétente et la question prend alors cet aspect simple : est-ce la loi compétente qui a présidé à la création du droit qu'on invoque? La validité du droit dépend donc de la loi qu'on a appliquée.

La proposition que nous venons de dégager explique que, à l'occasion de l'application de certains principes d'ordre public général en matière d'état et de capacités des individus, la *nationalité* des personnes, notion qui avait disparu lorsque le litige se déroulait entièrement devant le seul juge d'une législation déterminée (exemple : personne, ni nationaux, ni étrangers ne peuvent divorcer, devant le juge français, par consentement mutuel), reparait, lorsque deux juges de deux législations différentes interviennent successivement dans une seule affaire. Le juge allemand a divorcé deux époux allemands pour cause d'aliénation mentale d'un des conjoints; on demande l'exéquatur de ce jugement en France qui sera accordé, en vertu de la règle de rattachement de la condition des personnes à leur loi nationale. Le seul point où l'ordre public français est engagé consiste dans la règle impérative qui défend au juge français de prononcer un divorce pour cause d'aliénation mentale. Tout dépend, en conséquence, devant quel juge les époux

76. Pillet, *Principes*, nos 253 à 318, p. 496-570; *Traité pratique*, t. I, n° 42
45. Niboyet, *Manuel*, nos 362-389, p. 427-459.

allemands auront porté leur instance en divorce. De pareils phénomènes n'ont absolument rien d'anormal et s'expliquent facilement par l'histoire d'une part et par le déroulement normal du mécanisme des règles générales relatives à l'ordre public. Nous savons qu'il n'y a aucun postulat exorbitant dans le fait de puiser certains arguments de droit dans l'histoire, que c'est même très normal. Or, dans l'ancien droit, le principe de l'indissolubilité du mariage ne s'appliquait généralement qu'aux catholiques, étant un dogme de l'Eglise. La sécularisation de tout le droit a eu pour résultat l'élaboration du principe de la neutralité de l'Etat en matière religieuse. Dans la mesure où le législateur a maintenu les dispositions qui peuvent être considérées comme une émanation directe du dogme catholique comme le principe de l'indissolubilité du mariage, le motif de leur caractère d'ordre public a changé; c'est l'Etat qui, à partir de la sécularisation, veille à cet ordre public : les aspirations à l'universalité tombent en conséquence; ce motif s'est, en quelque sorte, réduit aux seules frontières politiques de l'Etat. Mais en même temps que la distinction entre religions a été abolie, le législateur a introduit celle de la nationalité, comme règle de rattachement. Consécutivement à cette transformation l'idée religieuse est devenue une idée morale tout court, ayant un caractère exclusif non plus seulement envers ceux qui appartiennent à une même religion, mais envers tous. Ainsi, le principe de l'indissolubilité est devenu une sorte de religion d'Etat, en vertu de laquelle le législateur français défendait aux juges français de prononcer des divorces. Avant la loi de 1884 un étranger ne pouvait, en conséquence, en se basant sur son statut personnel, invoquer sa loi nationale pour demander à un juge français de le divorcer, celui-ci ne pouvait accéder à cette demande, en raison de l'interdiction qui pesait sur lui et qui l'empêchait de toucher ou de manier d'une façon *immédiate et directe*, en l'appliquant de sa propre initiative, une loi étrangère plus libérale que la sienne propre. Voilà le véritable motif d'ordre public de cette règle : l'impératif s'adresse en premier lieu au juge; que si un juge étranger compétent a accompli cette besogne qui lui est défendue en son lieu et place, la défense n'a plus

l'occasion de jouer et c'est pourquoi il peut consacrer la loi étrangère *médialement, indirectement*, en accordant l'exequatur au jugement étranger régulièrement rendu d'après ses conceptions du droit international privé. Il est évident qu'on peut tenir exactement le même raisonnement en ce qui concerne les *causes du divorce*, les seules hypothèses pratiques, qui peuvent se présenter devant les tribunaux français depuis la loi de 1884⁷⁷.

Notre vieil axiome qui affirme que la force de l'ordre public se mesure exactement sur son motif, se révèle une fois de plus; il ne suffit donc pas d'invoquer purement et simplement la notion de l'ordre public, mais il convient avant tout de rechercher le motif exact du caractère impératif d'une règle de droit. En effet, un principe d'ordre public peut être identique dans la forme dans deux législations différentes; cependant si le motif qui l'a inspiré n'est pas le même dans les deux systèmes juridiques, cette différence se fait immédiatement sentir sur le terrain international. Ainsi, pour reprendre notre exemple, avant la loi de 1884, le motif de l'indissolubilité du mariage était certainement le même en France qu'en Italie : toutes les deux législations étant entièrement sécularisées, c'était une sorte de règle morale officielle. En Italie, où l'indissolubilité a subsisté, elle a toujours conservé la même portée. Cependant, depuis les accords de Latran du 27 mai 1929⁷⁸ le motif d'ordre public de cette indissolubilité a de nouveau repris un caractère religieux très prononcé et certains jugements de tribunaux italiens reflètent particulièrement ce changement. La Cour d'appel de Bari par exemple⁷⁹ a refusé l'exequatur d'un jugement étranger prononçant un divorce entre époux catholiques en appuyant manifestement ses attendus sur des considérations religieuses⁸⁰, en insistant entre autre aussi sur la forme religieuse, devant le prêtre, du mariage dissous par le juge étranger. Dans toutes les hypothèses, il est vrai,

77. Voir *supra*, p. 134 et 158

78. Voir *supra*, p. 135.

79. 23 octobre 1929, Clunet, 1931, p. 217.

80. Voir aussi dans le même sens : C. d'appel Turin. 8 avril 1932, Clunet, 1933, p. 235.

où la jurisprudence italienne a eu à se prononcer ces derniers temps, il s'agissait de sujets ci-devant italiens, naturalisés étrangers, mais dont le mariage avait eu lieu lorsqu'ils étaient encore de nationalité italienne. Remarquons que le lieu de la célébration du mariage n'a aucune influence sur ce changement de caractère de l'ordre public du principe; en plus, le refus d'exequaturer ces jugements étrangers n'a pas été basé non plus sur l'idée de la fraude à la loi, les naturalisations ayant été parfaitement normales et régulières. La seule idée que les juges ont retenue est la religion catholique, à laquelle les individus appartenaient⁸¹.

L'avenir seul nous dira jusqu'à quel point définitivement le motif religieux de l'indissolubilité du mariage aura d'influence sur les décisions de la jurisprudence italienne dans d'autres hypothèses que celles que nous venons d'énoncer; mais il va sans dire que cela peut mener très loin et même finir éventuellement par englober les individus qui n'ont jamais été sujets italiens : on refusera par exemple l'exequatur à un jugement français qui a divorcé des époux français; ce serait évidemment une solution fâcheuse du point de vue de la sécurité des relations juridiques internationales mais elle pourrait parfaitement s'expliquer par la réintroduction de l'idée dogmatique, religieuse, dans le principe de l'indissolubilité.

Cet exemple démontre de nouveau l'importance de la recherche du motif d'ordre public pour chaque cas d'espèce. Voilà un principe impératif qui agit dans plusieurs directions qu'il convient de connaître exactement. L'indissolubilité du mariage est d'abord d'ordre public parce que le législateur a défendu au juge d'appliquer une loi étrangère plus libérale : touchant à la personne du juge, il s'agit là certainement de l'ordre public général. Il y a ensuite une autre règle d'ordre public; c'est la défense que le législateur adresse à ses ressortissants de divorcer : elle est d'ordre public spécial aux nationaux. Sous l'influence d'une recrudescence religieuse, le motif de l'indissolubilité prend une tournure nouvelle qui peut s'ajouter aux anciens : on

81. La doctrine et la jurisprudence sont d'ailleurs très hésitantes. En sens contraire : C. d'appel de Rome, 17 juin 1930 et 26 juin 1930, *Clunet*, 1931, p. 218.

peut arriver à nier la possibilité que des époux étrangers, de religion catholique et mariés entre autre aussi devant le prêtre, puissent valablement divorcer à l'étranger. Le mariage est indissoluble non pas du fait des hommes, mais du fait de Dieu; la jurisprudence italienne semble actuellement à mi-chemin de cette conception. Or, toutes ces nuances, que l'on peut faire varier à l'infini à l'occasion de l'étude de l'ordre public, il n'y a que par le motif, par la méthode analytique que l'on arrive à les saisir et les préciser juridiquement.

On voit, que tous ces exemples ne constituent qu'une application des règles ordinaires relatives à l'ordre public; il s'agit cependant dans toutes ces hypothèses de droits dits « acquis » et il s'ensuit que la théorie qui s'y réfère est donc inutile, théoriquement aussi bien que pratiquement.

Est-ce un droit acquis si des époux font prononcer une séparation de biens judiciaire en Suisse? S'ils possèdent des biens en France, la *lex rei sitae* autant que la territorialité des règles de procédure exigent que les formalités de publicité soient remplies en France selon la loi française. Les exemples se multiplient et se confondent avec la théorie générale, simple, ordinaire de l'ordre public. C'est simplement par déférence aux nombreux traités de droit international privé qui consacrent des chapitres autonomes à cette question que nous avons tenu à la mentionner encore.

B. La théorie de la fraude à la loi.

1. *Cette notion procède de la conception des droits acquis. Son identité avec le problème de l'ordre public.* — Il est de la théorie de la fraude à la loi comme de celle des droits acquis : en théorie elle semble être basée sur des prémisses fausses et en pratique elle ne paraît avoir aucune utilité.

Remarquons d'abord que ce problème ne constitue qu'une variante de la thèse des droits acquis : en vue d'échapper à une loi impérative d'une législation pour l'accomplissement d'un acte juridique, on changera volontairement de législation, on changera une circonstance de rattachement, comme dit M. Arminjon, pour pouvoir

invoquer une nouvelle loi, moins rigoureuse et considérée par l'individu comme plus juste. On dit alors, que ce droit, acquis sous l'empire de la nouvelle loi, ne sera pas valable par rapport à l'ancienne législation, parce qu'il a été constitué en fraude à une loi impérative. Il s'agit donc bien de la théorie des droits acquis; on s'aperçoit en même temps, et c'est d'ailleurs la seule constatation importante, d'une portée réellement pratique, que ce n'est autre chose que le problème de l'ordre public. Telle est bien l'opinion de M. Martin, qui ne fait de l'ordre public et de la fraude à la loi qu'une seule et même question⁸². Nous ne pouvons donc souscrire à la thèse de ceux qui veulent voir dans cette nouvelle notion quelque chose de caractéristiquement spécial⁸³, présentant avec les autres problèmes et particulièrement avec celui de l'ordre public cette soi-disant différence fondamentale, à savoir « l'existence d'un élément intentionnel que ne comporte guère la notion de l'ordre public⁸⁴ ».

2. *L'indifférence de la volonté individuelle eu égard à l'ordre public et inutilité de la théorie de la fraude à la loi.* — La fraude à la loi participant de la sorte à la théorie des droits acquis et se confondant d'autre part avec le problème de l'ordre public, un double argument contre cette notion s'impose d'abord sous forme d'une question : d'un côté, la théorie des droits acquis ne présentant aucune utilité en droit international privé et de l'autre côté, l'inapplication d'une loi impérative, qu'elle ait été éludée intentionnellement ou non, touchant directement au problème de l'ordre public et sans plus, comment peut-on concevoir l'intérêt pratique de cette doctrine de la fraude à la loi? On pressent que le sens de la réponse ne saurait faire de doute. En plus, quelle est la portée de l'expression employée « échapper *frauduleusement* à une loi? » On répond, que c'est justement l'*intention*, la *volonté* de l'individu d'éluder la disposition impérative. Mais ne sommes-nous pas là

82. Martin, *Etudes*, p. 245 et suiv. Aussi : Perroud, Clunet, 1926, p. 19-26.

83. Niboyet, *Manuel*, nos 456 à 472 et Ligeropoulo, *Rép. de Droit int. pr.* V° Fraude à la loi, n° 66, Knapp, *op. cit.*, p. 186-195.

84. Ligeropoulo, *op. cit.*, n° 66.

sous l'empire direct de la définition de l'ordre public de l'article 6 du Code civil : « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public ? » N'y a-t-il pas là une confusion remarquable dans ce fait de vouloir tenir compte de la volonté individuelle, puisque le but de l'ordre public consiste justement à l'écarter entièrement de son domaine ? L'observation est du moins curieuse, très simple d'ailleurs et l'exemple suivant éclairera notre pensée :

Un particulier constitue, en France, une hypothèque sur un meuble. Il nous semble que la nullité de cet acte sera exactement la même dans le cas où cet individu aurait ignoré la prohibition contenue dans l'adage : « meubles n'ont pas de suite par hypothèque » que s'il l'avait connue. Il y a donc quelque chose d'illogique, de choquant même, que de vouloir introduire en droit international privé, dans un domaine qui n'a rien de particulier, cet élément intentionnel pour appuyer des solutions de droit, élément que le droit interne ignore de la façon la plus absolue : l'équilibre entre le droit interne et le droit international privé que nous avons toujours constaté serait rompu. Une notion qui ne gît que sur le terrain international, sans être en quelque sorte une règle de forme comme celles relatives aux conflits de lois (règles de rattachement, forcément propres au droit international), sans puiser sa force dans le droit interne ainsi qu'il en est de l'ordre public en particulier, ne peut être une notion juridique, cela ne peut être qu'une pseudo-notion.

L'ordre public d'un côté et les manifestations de la volonté individuelle de l'autre côté se trouvent aux antipodes de la vie juridique. Les accoupler et les confondre dans une même notion, celle de la fraude à la loi, — et les partisans de cette théorie le font en réalité — ne peut, à notre avis, produire des résultats heureux.

L'intention des particuliers, c'est-à-dire la volonté individuelle, ne peut être prise en considération qu'en face de lois supplétives et en matière contractuelle en vertu du principe de l'autonomie de la volonté comme nous l'avons expliqué plus haut. Cet argument doctrinal nous

paraît péremptoire, démontrant l'absence de l'intérêt pratique de cette théorie.

3. *Absence d'une véritable application de cette notion en jurisprudence.* — En tenant compte de l'évolution de la jurisprudence en la matière, nous croyons pouvoir constater purement et simplement la disparition de la notion de la fraude à la loi comme instrument de droit international privé. Les solutions qui ont été apportées à la très grande majorité des hypothèses qui se sont présentées devant les tribunaux, peuvent être expliquées bien plus simplement que par cette notion. Celles qui ne trouvent leur explication dans aucune règle impérative ordinaire du droit interne — et nous n'en connaissons pas de cette espèce — doivent, ou plutôt devraient être considérées comme des laissés pour compte d'une jurisprudence qui peut se tromper.

On sait que cette notion de la fraude à la loi surgit le plus souvent à l'occasion d'une naturalisation dite frauduleuse et à ce sujet, en effet, *l'affaire de la princesse de Bauffremont* ne semble tout d'abord ne pas s'expliquer très bien dans le cadre des règles ordinaires concernant l'ordre public. On connaît le fond de cette affaire qui s'est déroulée à une époque où le divorce était encore interdit en France. La comtesse de Caraman-Chimay, belge d'origine, a épousé un sujet français, le prince de Bauffremont. En vertu de l'ancien article 12 du Code civil, ce mariage lui a fait acquérir *de plano* la nationalité française. En 1874 elle obtient, devant les tribunaux français, la séparation de corps. Elle se fait ensuite naturaliser allemande dans la principauté de Saxe-Altenbourg, et demande au juge de ce pays de transformer cette séparation de corps en divorce en vertu de son nouveau statut personnel. Elle obtient gain de cause et elle se hâte de contracter un deuxième mariage avec un sujet roumain, le prince Bibesco.

Le prince de Bauffremont demande alors au juge français d'annuler cette naturalisation et, subséquemment, le divorce et le second mariage. L'affaire aboutit finalement au célèbre arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 1878

qui s'est conformé aux conclusions du premier mari⁸⁵.

On a répété que c'est l'intention de la princesse de vouloir frauder la loi française concernant l'indissolubilité du mariage qui a déterminé les juges à refuser toute validité au divorce obtenu en Allemagne. Il n'en est cependant rien.

Ce procès a eu lieu à une époque où des dispositions impératives étaient encore en vigueur qui, aujourd'hui, sont abolies. D'abord l'ancien article 12 du Code civil précité qui faisait obligatoirement acquérir la nationalité française à la femme étrangère qui épousait un Français. C'était le principe d'ordre public de l'unité de nationalité au sein du ménage.

Il y avait ensuite le fameux silence du Code civil sur la véritable capacité de la femme séparée de corps, silence que les juges, à cette époque, interprétaient encore restrictivement, c'est-à-dire qu'ils n'accordaient pas la pleine capacité à la femme séparée de corps. Cette capacité entière, ce n'est que la loi du 6 février 1893 qui l'a consacrée (nouvel article 311 du Code civil).

En l'occurrence, pour que la naturalisation de la princesse de Bauffremont eût été valable, il aurait fallu qu'ou bien le mari se fit naturaliser en même temps que sa femme ou alors qu'il donnât l'autorisation à sa femme aux fins de pouvoir se faire naturaliser séparément. Ni l'une ou l'autre de ces conditions n'ayant été réalisée, la naturalisation, aux yeux de la loi française, était, en conséquence, nulle, ainsi que les effets que la princesse en avait tiré.

Ce n'est donc pas exactement le divorce et le second mariage qui ont été annulés, mais la naturalisation. La princesse, n'ayant cessé d'être française depuis son mariage, n'a pu ni divorcer, ni convoler en secondes noces. L'arrêt de 1878 peut donc facilement s'expliquer sans l'idée de la fraude à la loi, l'ordre public ordinaire suffit parfaitement à éclairer le sens tout au moins de cet arrêt.

A la base de l'affaire *Vidal* se trouvent d'autres motifs, énoncés dans le jugement même⁸⁶. Les deux époux français se sont fait naturaliser dans le Canton de Schaff-

85. *Aff. de Bauffremont* : Cass. civ., 8 mars 1878, Sirey, 1878.1.193.

86. *Affaire Vidal* : Cour de Paris, 30 juin 1877, Clunet, 1877, p. 268.

house en Suisse pour pouvoir divorcer (toujours avant la loi de 1884); le divorce effectivement prononcé dans ce pays, l'exéquatur a été refusé par le juge français, parce que, ayant été obtenu, comme il est dit dans les attendus « par suite d'une action concertée entre eux (les époux) ». Cela revient à dire que la cause principale, déterminante, a été le consentement mutuel, cause de divorce inconnue de la législation de Schaffhouse.

Si les attendus de ces décisions ne sont pas toujours d'une clarté remarquable, le fond de ces affaires ne révèle pas moins que la jurisprudence a fait simplement application des règles ordinaires et que si la naturalisation à l'étranger est régulière d'après la conception du juge, quel qu'en soit le motif, et que si le divorce est également régulier, il faut conclure, comme le fait la Cour suprême d'Autriche, « qu'il n'y a aucun motif légal pour ne pas sanctionner leur acte (celui des époux naturalisés et divorcés d'après leur nouveau statut)⁸⁷ ».

A la vérité nous n'avons pu relever aucune décision de jurisprudence, qui a fait réellement état de la fraude à la loi en dehors des considérations ordinaires, en refusant la validité d'un droit né sous l'empire d'une loi étrangère différente d'une loi impérative interne. Partout nous n'avons pu observer que l'application pure et simple des règles de l'ordre public ainsi que nous les avons dégagées au cours de cette étude. Nous sommes convaincus que si une nouvelle affaire Bauffremont se présentait devant nos tribunaux, elle serait autrement jugée aujourd'hui, parce que le principe de l'unité de nationalité dans le sein du ménage est tombé en désuétude : de nos jours un époux peut valablement changer de nationalité sans que celle du conjoint soit changée à son tour, sous réserve de l'autorisation maritale au cas où la femme seule désirerait changer de nationalité.

Nous savons qu'en matière contractuelle les parties peuvent éluder, *sous certaines conditions*, des dispositions

87. 18 juin 1907, Clunet, 1913, p. 227. Toute la jurisprudence autrichienne est en ce sens et aussi la jurisprudence italienne : Cass. Turin, 16 juin 1919, Clunet, 1920, p. 271, sous réserve des nouveaux accords de Latran. Aussi : C. cass. de Roumanie, 21 mai 1921, Clunet, 1923, p. 660.

impératives d'une législation et nous connaissons la jurisprudence très libérale à ce sujet. Serait-il jamais venu à l'idée d'un juge français de déclarer frauduleuse la référence à la loi anglaise de deux maisons françaises, en nommant, à l'occasion d'un marché international, un arbitre à Londres pour trancher d'éventuels litiges? L'intention des parties ne joue aucun rôle par rapport au problème de l'ordre public; celui-ci doit s'appliquer ou ne doit pas s'appliquer, selon que les conditions de territorialité sont remplies ou non, un point c'est tout. Voilà quelques autres exemples :

Le *mariage* de Français conclu à l'étranger est parfois nul en France parce qu'entaché du vice de *clandestinité*, c'est-à-dire contraire aux dispositions des articles 170, 171 et 191 du Code civil. Parfois on se trouve aussi en présence d'une *simulation* : deux Français, domiciliés en France, dans le but d'échapper à des dispositions impératives ou prohibitives de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, établissent un siège fictif d'une société à Londres, mais cette société étant en réalité française : rien de plus normal que le juge rétablisse la vérité, aboutissement normal de l'action en déclaration de simulation⁸⁸. Voilà une autre hypothèse possible : *un tiers est lésé* par l'effet du changement intentionnel voulu, d'une « circonstance de rattachement sur un rapport de droit⁸⁹ »; ce tiers pourra faire tomber ce changement qui lui est dommageable, non point en vertu du principe *fraus omnia corrumpit*, trop incertain, mais en vertu de la responsabilité délictuelle ou contractuelle; cette solution s'impose; elle est même merveilleusement adéquate à la situation, car le dommage de ce tiers lésé est exactement proportionnel à l'effet juridique de ce changement de circonstance : on fait donc tomber cet effet pour rétablir la situation primitive, mais par rapport au tiers lésé seulement.

Nulle part dans ces hypothèses on ne rencontrerait un élément spécial, qui échapperait en quelque sorte au rôle

88. Voir Trib. corr. Seine, 2 juillet 1912, *Clunet*, 1913, p. 1273.

89. Voir Arminjon, « La notion des Droits acquis en Droit international privé », *Académie de Droit international, Recueil des Cours*, 1933, t. 44, p. 71.

ordinaire, quotidien de l'ordre public, celui qui s'attache à des règles juridiques qu'il impose aux particuliers dans la mesure de son motif, en droit interne d'abord, en droit international privé ensuite, en raison du lien de territorialité qui rattache une situation juridique à une législation qui, elle, entend imposer la règle prohibitive ou impérative. Toutes ces propositions rentrent dans le cadre ordinaire, banal, des questions que nous avons élucidées plus haut et qu'il serait inutile de reprendre de nouveau à cette place, dans le seul but de faire les honneurs de la maison à une théorie qui, en droit international privé, est aussi superflue que celle des droits acquis, la théorie de la fraude à la loi.

CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

THE CONSTITUTION

CONCLUSIONS SUR L'ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Comme en droit interne, l'ordre public en droit international privé répugne à toute règle trop absolue. Nous croyons que la raison qui a parfois conduit la doctrine du droit international privé aux déceptions que nous connaissons à ce sujet, c'est le fait d'avoir voulu voir dans cette notion un phénomène indépendant, qui vient sournoisement troubler l'harmonie des systèmes de solution des conflits de lois et d'avoir cherché à lui trouver une explication et des principes également indépendants. La négligence consciente que bien des juristes ont pratiquée vis-à-vis de l'ordre public du droit interne en est une preuve éclatante. Si l'ordre public en droit international privé n'est pas une chose indépendante des autres branches du droit, c'est-à-dire du droit interne, il est impossible aussi d'élaborer, à son égard, des règles indépendantes. Or, dans les deux domaines, l'ordre public ne forme qu'un seul bloc. Il est d'autant plus curieux de constater l'obstination dans cet état d'esprit d'une grande partie de la doctrine, qui voulait absolument voir dans le rôle de l'ordre public sur le terrain international une apparition caractéristique, une sorte de maladie congénitale du droit international privé — certains auteurs ne sont-ils pas allés jusqu'à nier l'existence de notre notion en droit interne ? — que l'effet de cet ordre public consistait justement et toujours à ramener les solutions de droit sous l'empire de la législation interne. C'est en partie à cette ignorance voulue du droit interne qu'il faut attribuer l'échec de ces médecins d'apporter, nous ne disons pas : la guérison de cette maladie, mais tout au moins son explication. C'est sans doute à cette vue incomplète de l'économie de l'ordre public que

nous devons également la naissance, dans la doctrine, des théories inutiles comme celle des droits acquis et celle de la fraude à la loi.

C'est au contraire sur la base ferme du droit interne qu'il faut construire le réseau des solutions des questions que pose le problème de l'ordre public.

Envisagé sous cet angle, le problème ne comporte point les difficultés insolubles que tant de fois on a entendu répéter. En effet, si une règle de la législation saisie est compétente — et cette compétence est bien entendu à déterminer d'après les principes du juge — on applique purement et simplement la loi impérative ou prohibitive du droit interne, dont on doit supposer que la portée exacte est connue.

Si ce point de départ avait été observé, il est certain que des règles de solution de conflits aussi absolues que celle de la loi nationale en matière d'état et de capacité, n'auraient pu s'affirmer, en théorie, avec la persévérance que l'on sait et constituer, en raison même de leur trop grande simplicité, éternellement déjouée par l'ordre public, ce foyer d'insécurité dans la vie juridique internationale. Le retour vers la loi du domicile, qui commence à se dessiner un peu partout, n'est que la consécration d'une vérité par trop longtemps méconnue, la vérité telle que la comprend et telle que la veut le droit interne.

Vu :

Le Président de la thèse,
Pierre LOUIS-LUCAS

Vu :

Le Doyen de la Faculté de Droit,
A. GUILLOIS

Vu et permis d'imprimer :

Dijon, le 17 juillet 1934,
Le Recteur de l'Académie de Dijon,
E. SPENLE

BIBLIOGRAPHIE

- Alglaive.** — *Action du Ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile*, Paris, 1874.
- Arminjcn.** — I. *Précis de Droit international privé*, 3 vol., Paris, 1927-1931.
II. « La notion des droits acquis en Droit international privé », *Académie de Droit international, Recueil des Cours*, 1933, t. VII.
- Aubry.** — « De la notion de territorialité en Droit international privé », *Clunet*, 1900, pp. 689-704; 1901, pp. 253-273 et pp. 643-671; 1902, pp. 209-243.
- Bartin.** — *Principes de Droit international privé*, 2 vol., Paris, 1930-1932.
- Baudry-Lacantinerie.** — *Traité théorique et pratique de Droit civil*
- Bireaud.** — *Contribution à l'étude de l'ordre public en droit international privé*, thèse Aix 1932.
- Brissaud.** — *Manuel d'histoire du Droit privé*, Paris, 1908.
- Capitant (H.).** — *Introduction à l'étude du Droit civil*, Paris, 1912.
- Colin et Capitant.** — *Cours élémentaire de Droit civil français*.
- Despagnet.** — « L'ordre public en Droit international privé », *Clunet*, 1889, pp. 5-21 et pp. 207-222.
- Esperson.** — *Il Principio di Nationalità*, Pavie, 1868.
- Fedozzi.** — « Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international, » études parues dans *Clunet* de 1879 à 1884.
- Flore.** — « De l'ordre public en Droit international privé », *Revue de Droit international et de Législation comparée*, t. XXXIV, 1902, pp. 608-622.
- Foelix.** — *Traité de Droit international privé*, Paris, 1843.
- Frankenstein.** — *Internationales Privatrecht*, 3 vol., Berlin, 1926 à
- Healy.** — « La théorie générale de l'ordre public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1925, t. IX, pp. 407-557.
- Kahn.** — « Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht » publiées par *Lenel et Lewald*, 2 vol., Leipzig, 1928.
- Knapp.** — *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois*, thèse Neuchâtel 1932.
- Louis-Lucas.** — « Remarques sur l'Ordre public », *Revue de Droit international privé*, 1933, pp. 393-443.

- Marmion.** — *Des lois d'Ordre public en Droit civil interne*, thèse, Paris, 1926.
- Moldavan.** — *L'ordre public en droit international privé*, thèse Paris, 1932.
- Niboyet.** — *Manuel de Droit international privé*, Paris, 1928.
- Pillet.** — I. *Principes de Droit international privé*, Paris, 1903, II. *Mélanges Pillet*, publiés à Paris, 1929, particulièrement pp. 407-515 : De l'ordre public en Droit international privé.
- Savigny.** — *System des Heutigen Römischen Rechts*, t. VIII; Berlin, 1849.
- Valéry.** — *Manuel de Droit international privé*, Paris, 1914.
- Vareilles-Sommières.** — I. *Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois*, Paris, 1899. II. *La synthèse du Droit international privé*, Paris, 1898.
- Weiss.** — *Traité théorique et pratique de Droit international privé* 3 vol. Paris, 1912.
-

TABLE DES MATIÈRES

Chapitre préliminaire. — Notions fondamentales sur l'ordre public.....	1
--	---

PREMIERE PARTIE

L'ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNE

Chapitre premier. — De la classification des lois en lois d'ordre public et lois permissives	9
Section première. — L'effort doctrinal de classification des lois	9
Section II. — Lois impératives et prohibitives et lois d'ordre public,	15
Section III. — Ordre public et droit public. L'article 46 de la loi de 1810	20
Chapitre II. — Du caractère politique de l'ordre public.....	23
Chapitre III. — Du domaine de l'ordre public	31
Section première. — L'ordre public dans le domaine de la condition des personnes.	35
Section II. — L'ordre public sur le terrain des droits de famille ...	40
Section III. — L'ordre public en matière de droits réels	47
Section IV. — L'ordre public sur le terrain des obligations	52
Conclusion sur l'ordre public en droit interne	66

DEUXIEME PARTIE

L'ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

LIVRE PREMIER

DISCUSSIONS DOCTRINALES ET HISTORIQUES CARACTERES GENERAUX DE L'ORDRE PUBLIC. EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Chapitre premier. — Systèmes théoriques de solutions des conflits de lois et l'ordre public	69
1. Idées générales et erreur initiale de la doctrine franco-italienne ...	69
2. Prééminence de la loi du juge	73
3. Le système de solution des conflits et l'ordre public.	74
Chapitre II. — Réfutation de la méthode « a priori »	77
1. De nouveaux exemples	77
2. Retour à l'ordre public du droit interne	78
3. Conclusions possibles	80

Chapitre III. — Terminologie. Discussions doctrinales	84
1. Origine de l'expression	84
2. Définition de Mancini	86
3. Ordre public interne et ordre public international; critique de cette terminologie	88
4. Conclusions	92
Chapitre IV. — Le rôle de l'ordre public en droit international privé est fonction du système de solution des conflits	94
<i>Section première. — Conceptions théoriques des règles de solution des conflits. Système de la pratique</i>	94
1. Territorialité et personnalité du droit	94
2. Les statutaires anciens	97
3. Les statutaires modernes. Théorie de Vareilles-Sommières	100
4. La théorie moderne de la personnalité aboutit à des résultats « statutaires »	102
<i>Section II. — Du rôle normal ou exceptionnel de l'ordre public en droit international privé</i>	104
1. Application normale de l'ordre public dans le système de M. Pillet.	104
2. La doctrine de l'exception d'ordre public	107
3. Comparaison avec l'ordre public en droit interne et réfutation de l'exception d'ordre public	111
4. Le rôle de l'ordre public est toujours normal	113
5. Rationnellement cette exception d'ordre public est indéfendable ..	116
<i>Section III. — La notion de permanence dans la théorie de l'ordre public</i>	118
1. La signification de cette expression	118
2. La permanence de l'ordre public ne peut être que territoriale	119
3. Le principe de la permanence se complique de la théorie des droits acquis et de la fraude à la loi	121
Conclusion. — La recherche du motif d'ordre public en droit interne devrait donner la solution générale	124

LIVRE II

L'AMPLEUR DE L'ORDRE PUBLIC

Chapitre V. — A qui s'applique l'ordre public	127
1. Résumés et rappels	127
2. Schéma de l'ampleur de l'ordre public	128
A. Ordre public spécial aux nationaux et ordre public spécial aux étrangers	128
B. Ordre public général. Précision de ce terme	129
3. Seule la méthode analytique permet de préciser l'ampleur de l'ordre public	131
4. Analyse d'un exemple et conclusion	133
Chapitre VI. — L'ordre public spécial aux étrangers (La condition des étrangers)	138
1. Exposé du problème	138
2. Ordre public positif spécial aux étrangers	140
3. Ordre public négatif spécial aux étrangers. Il ne peut se justifier en matière de droits privés	141
4. Cet ordre public se place au-dessus des conflits de lois	144
Chapitre VII. — L'ordre public spécial aux nationaux	146
1. L'ordre public spécial aux nationaux se cantonne dans le domaine de la condition des personnes. Article 3, alinéa 3 du Code civil	146

2. L'ordre public spécial aux nationaux ne peut jouer en d'autres matières, particulièrement sur le terrain des obligations	149
3. Confusion entre l'ordre public spécial aux nationaux et l'ordre public général. Raison de cette confusion et critique du principe de la nationalité comme règle de rattachement	153
4. Changements de caractère de cet ordre public.—Exemples et suite de la critique du principe de la nationalité	156
5. Aucune règle précise ne peut être dégagée quant à cet ordre public spécial aux nationaux	162
6. Cet ordre public devrait disparaître du droit privé.....	163
Chapitre VIII. — L'ordre public général	165
<i>Section première. — Généralités. Fondement de l'ordre public général</i>	165
1. Position de la question. De la tendance de cet ordre public à englober toutes les règles impératives	165
2. Du fondement de l'ordre public général. Le principe de la double souveraineté de l'Etat	168
3. La théorie des intérêts mixtes : exemple-type du principe que seul l'ordre public général a un fondement rationnel	170
4. Seule la souveraineté territoriale est une réalité	171
5. Le deux situations possibles	173
<i>Section II. — L'ordre public général dans les conflits de lois</i>	173
1. Du caractère exclusif des principes d'ordre public général	173
2. Quels sont les principes d'ordre public général ?	177
3. Du caractère des règles de solution des conflits de lois.....	179
4. Du domaine de l'ordre public général	182
5. Rapports de l'ordre public général avec la nationalité	225
<i>Section III. — Rôle de l'ordre public par rapport aux droits créés à l'étranger (Théorie des droits acquis et fraude à la loi</i>	227
A. La théorie des droits acquis.....	227
1. Identité du problème des droits à créer et des droits créés	227
2. On peut difficilement admettre que la jurisprudence applique en réalité la théorie des droits acquis. Inutilité de cette théorie	231
B. La théorie de la fraude à la loi	236
1. Cette notion procède de la conception des droits acquis. Son identité avec le problème de l'ordre public	236
2. L'indifférence de la volonté individuelle eu égard à l'ordre public et inutilité de la théorie de la fraude à la loi.....	237
3. Absence d'une véritable application de cette notion en jurisprudence	239
Conclusion sur l'ordre public en droit international privé	245

